



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

Tunja, quince (15) de julio de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho

Radicado: 15001 33 33 003 2015 0190 00

Demandante: ALBERTO LEMOS VALENCIA

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:** ALBERTO LEMOS VALENCIA, identificado con C.C. No. 19.127.140 de Bogotá.
- **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 consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos contenidos en:

Resolución No. 015077 del 20 de abril de 2015, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P., negó la reliquidación de la pensión de vejez al señor Alberto Lemos Valencia.

Resolución No. RDP 027113 del 02 de julio de 2015, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la

Protección Social, resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. RDP 015077 del 20 de abril de 2015.

Resolución No. RDP 032669 del 11 de agosto de 2015, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, a través de la cual se resuelve negativamente el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria en contra de la Resolución No. RDP 015077 del 20 de abril de 2015.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- a reliquidar la pensión de vejez reconocida a Alberto Lemos Valencia con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (1 de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014) por encontrarse bajo el régimen de transición de la Ley 100 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 al señor Alberto Lemos Valencia se le concedió una pensión mensual vitalicia de vejez mediante la Resolución N° 55019 del 23 de noviembre de 2007, que en escrito del 17 de diciembre de 2014 le solicitó a la entidad demandada la reliquidación de su pensión con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, con base en los artículos 53 y 58 de la Constitución y en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

Indicó, que el Alberto Lemos Valencia nació el 14 de enero de 1951, que para el 1 de abril de 1994, tenía 43 años, 2 meses y 17 días de edad, cumpliendo así los requisitos de la edad señalado en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual es beneficiario del régimen de transición, creado por la citada ley, teniendo en cuenta que solo basta cumplir uno de los requisitos establecidos allí establecidos.

Mencionó, que el demandante adquirió el status de pensionado el 14 de enero de 2006, que la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, en la Resolución N° 55019 del 23 de noviembre de 2007, liquidó la pensión de vejez en virtud de lo dispuesto en el

artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo establecido en el Decreto 1158 de 1994, omitiendo lo ordenado en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que señala que los cobijados por el régimen de transición de la citada ley, se les debe aplicar en su integridad la normatividad que regulaba el Sistema Pensional Colombiano antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, es decir, la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, tal como lo determina el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010.

Indicó, que la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, con la Resolución N° RDP 015077 del 20 de abril de 2015, notificada por aviso el 23 de mayo de 2015 niega la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por Alberto Lemos Valencia, que con escrito del 29 de mayo de 2015, el demandante interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la Resolución N° RDP 015077 del 20 de abril de 2015, por cuanto no compartía la determinación adoptada por la entidad demandada.

Que con la Resolución N° RDP 015077 del 20 de abril de 2015, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, omite aplicar integralmente el régimen al cual pertenece el demandante, que es el régimen pensional regulado por la Ley 33 de 1985, como lo ha establecido la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, asimismo, que omitió dar cumplimiento al principio de inescindibilidad, que consiste en la aplicación integral del régimen al cual pertenece el afiliado, así como también el principio de favorabilidad consistente en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado.

Finalmente, señaló que la entidad demandada omitió dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, en el que se indica que las solicitudes de reliquidación de pensiones se deben resolver con base en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, situación que no sucedió en el presente caso.

➤ JURÍDICOS:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Artículos 2, 13, 29 48, 53 y 58.

NORMAS DE RANGO LEGAL

Ley 33 de 1985 y artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Mencionó, que los actos administrativos demandados vulneran los principios y derechos consagrados en la Constitución y la ley, porque quebrantan el principio de

inescindibilidad debido a que el régimen pensional que regula el caso es la Ley 33 y 62 de 1985, por lo tanto no es válido el argumento de la UGPP al negar la reliquidación de la pensión al considerar que el personal que se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no se les debe aplicar integralmente esa norma sino que se deben aplicar estas normas parcialmente.

Indicó, que se vulnera el principio de favorabilidad porque al aplicar integralmente el régimen anterior al creado por la Ley 100 de 1993 arroja una cuantía superior a la liquidada aplicando el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994; que el régimen más favorable para el señor Lemos Valencia es el previsto en la Ley 33 de 1985.

Señaló, que se quebrantan los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social al aplicarle parcialmente la normatividad del régimen al cual pertenece Alberto Lemos, lo cual corresponde a lo regulado por la Ley 33 de 1985.

Sostuvo, que los actos acusados vulneran el artículo 13 constitucional al discriminar al demandante en relación con los pensionados cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a quienes se les ha liquidado o re liquidado la pensión de vejez con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en virtud de las sentencias del Consejo de Estado, fundamentalmente las de unificación, y cita algunas de ellas.

Manifestó, que la Corte Constitucional ha dicho que se vulnera el derecho al debido proceso cuando a un cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no se le aplica en su integridad la normatividad anterior a la establecida por la referida ley y sus decretos reglamentarios, que la UGPP ha desconocido la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado radicado 2006-7509-01 de 4 de agosto de 2010 que dispuso que los cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se les aplica integralmente las normas que regulan el sistema pensional anterior al nuevo sistema general de pensiones creado mediante la Ley 100 de 1993. Concluye que la vulneración al debido proceso se da por no acatar el precedente jurisprudencial, hace referencia a las sentencias C-539 de 2011 y C-634 de 2011.

Que en su sentir lo que ha hecho la UGPP es crear una formula caprichosa al combinar los dos regímenes y aplicar parcialmente el régimen anterior desconociendo el precedente jurisprudencial por darle preferencia a lo dispuesto por el Comité Jurídico Institucional, lo cual configura desviación de poder y falsa motivación.

Expresó, que no se pueden desconocer los derechos adquiridos por el demandante porque es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, aquellas sumas que percibió de manera habitual y periódica independientemente de la denominación que se les haya dado, en virtud de lo dispuesto por el inciso 2º artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el precedente de las Altas Cortes.

Recalcó, que se debe dar aplicación a la Ley 33 de 1985 y reliquidarse la pensión con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio. Hace alusión a las sentencias 2008-188-01 del 8 de marzo de 2012, 2010-1214-01 del 07 de marzo de 2013, 2012-1646-01 del 10 de julio de 2014, a fin de mantener la uniformidad con otros casos similares.

1.1.3. OPOSICIÓN:

La apoderada de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. (fls. 93 a 102) 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 la Ley 100 de 1993, 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 el actor alcanzó su estatus pensional el 14 de enero de 2006 y que trabajó para el Estado en su último cargo que fue en la UPTC, 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 el actor quedó cobijado 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 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 el actor 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. 231-235): La apoderada de la parte demandante en su escrito de alegaciones indicó que de conformidad con el material probatorio es evidente que la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, reconoce irregularmente las pensiones de vejez y las reliquidaciones de las mismas de los beneficiarios del régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993, al proferir actos administrativos que vulneran derechos fundamentales y principios constitucionales que quebrantan la ley, pero que además desconocen el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, generando con su actuar responsabilidad patrimonial para la institución, lo cual resulta reprochable por tratarse de una entidad del Estado cuya obligación es la de garantizar a los afiliados la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, en la Jurisprudencia y en la ley, solicitando al Despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

Entidad Demandada (fls.236-241): 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 19 de noviembre de 2015 (fls. 71-73) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada, surtiéndose el 24 de noviembre de 2015, a través del correo electrónico suministrado con la demanda (fls. 78 y 80); por lo anterior, a partir del 25 de noviembre de 2015 y hasta el 22 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 25 de enero de 2016 al 4 de marzo 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: ¿El 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 de la Ley 33 de 1985 al estar cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sin que se haya demostrado el retiro del servicio activo?

Tesis de la parte demandante: La liquidación de la pensión del actor debe efectuarse con la inclusión del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, es decir, desde el 1º de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014.

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.

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 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:

- Copia de la Cedula de ciudadanía del demandante (fl.65)
- Está demostrado que el señor Alberto Lemos Valencia laboró 1298 semanas y 9091 días (fl.38).
- A través de la Resolución No. 55019 del 23 de noviembre de 2007, la Caja Nacional de Previsión EICE, le reconoció al señor Alberto Lemos Valencia, pensión de vejez (fl.38-42).
- Petición radicada el 17 de diciembre de 2014, a través de la cual el actor solicitó reliquidación de la pensión de vejez con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (fl.23-37).
- Por medio de la Resolución No. RDP 015077 del 20 de abril de 2015, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P., negó la reliquidación de la pensión de vejez al

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.

señor Alberto Lemos Valencia, en razón a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fl.49-51).

- Recurso de reposición y el subsidiario de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. RDP 015077 del 20 de abril de 2015 (fl.52-58).
- La Resolución No. RDP 027113 del 02 de julio de 2015, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. RDP 015077 del 20 de abril de 2015 (fl.60-61 vto).
- La Resolución No. RDP 032669 del 11 de agosto de 2015, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, a través de la cual se resuelve negativamente el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria en contra de la Resolución No. RDP 015077 del 20 de abril de 2015 (fl.63-64 vto).
- Obra igualmente constancia de lo devengado por el señor Alberto Lemos Valencia los últimos doce meses, desde diciembre de 2013 a noviembre de 2014, expedida por el Coordinador de Talento Humano de la UPTC (fl.43-45).
- Certificado de pagos efectuados por concepto de aportes a pensiones correspondientes a los meses de mayo, septiembre y octubre de 2014 expedido por la Coordinadora de Tesorería de la UPTC (fl.46).
- Certificado de información laboral expedido el 5 de diciembre de 2014 por la UPTC (fl.47).
- Expediente administrativo (fl. 84 Medio Magnético).
- Certificado de salarios y prestaciones devengados entre septiembre de 1981 y marzo de 2016 (fls. 194 a 223).
- Certificación de no vinculación laboral con el Instituto Colombiano Agropecuario (fl. 225).

5.3- PREMISAS JURÍDICAS.

El régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear

mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad.

La referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 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 (60) 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.
(...).”

A su tenor literal esta disposición:

- (i) Determina los criterios para establecer los grupos de personas que deben ser tratadas bajo este parámetro de transición (35 años o más mujeres o 40 años o más hombres, 15 años o más de servicios de cotización).
- (ii) Se refiere a la norma anterior como la aplicable para efectos de los requisitos para adquirir el derecho en lo que se refiere a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.
- (iii) Señala que existen otras reglas diferentes a las anteriormente descritas que no están incluidas dentro de la transición, pues la disposición claramente establece que “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.”

A su vez, el inciso 3º del artículo 36 establece:

“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 lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (Inexequible el aparte destacado en sentencia C-168 de 1995)”

Fácilmente se podría concluir que la anterior norma se refiere al grupo de personas que fue conformado por el inciso 2º del artículo 36, no obstante, al parecer este inciso había regulado ya todos los elementos que constituyen la pensión, de lo cual devendría la carencia de efecto útil del inciso 3º.

Del anterior planteamiento surgen interrogantes que deben ser resueltos estableciendo el contenido y alcance de la norma, primero bajo la óptica de cosa juzgada constitucional que obliga a darle a algún alcance o efecto jurídico a la norma, pues el juez no podría desatender su texto, segundo frente a los conflictos prácticos que ha sido objeto de estudio en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en la jurisprudencia de tutela, con el fin de establecer las posibles hipótesis interpretativas.

La cosa juzgada constitucional³

Para el caso de la revisión de constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100/93, inciso 2º y 3, la Corte Constitucional mediante sentencia C-168/95 declaró la exequibilidad absoluta de dichas normas, por lo tanto, en principio no cabría hacer ningún reparo sobre su constitucionalidad.⁴

El otro aspecto del problema, entonces, es con respecto a su alcance y contenido, para lo cual se debe acudir a la *ratio decidendi* del mencionado fallo, que permite establecer cuáles son los fundamentos y las razones directas de la constitucionalidad. La Corte sostuvo primero que no se trataba de derechos adquiridos sino a una opción política compatible con la Constitución:

“Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo”.

Con respecto a la discriminación que estableció la normas de quienes están dentro del inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 frente a los que están por fuera de él porque se les aplica el régimen normativo anterior, la Corte encontró constitucional la distinción, primero porque entre los que están acercándose al momento de la pensión (edad y tiempo de servicio) y los que inician una vida laboral existe una diferencia fáctica evidente, y segundo, así una y otra situación sean meras expectativas, el legislador puede regular a “discreción, sus condiciones..”

Por el contrario, con respecto a la parte final del inciso 3º que había creado una discriminación entre el funcionario público y el trabajador privado, la Corte se limitó a decir que era “irrazonable e injustificada” esa distinción, por lo tanto la declaró inexecutable.⁵

³ La cosa juzgada constitucional obliga de manera ineludible al juez, sin embargo, existe diferencias entre la cosa juzgada relativa y absoluta. Esta última opera cuando la Corte no ha limitado los efectos de sentencia mientras que la relativa se refiere a cuando la misma Corte declara constitucional una disposición limitándose a los cargos estudiados (Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1997).

⁴ Obsérvese que la Corte ha revisado la constitucionalidad del artículo 36 de la ley 100/93, así: a) Inciso 1º, C-129/95 y C-410/95, b) Inciso 2º, C-410/94 cargos del artículo 13 luego cosa juzgada relativa y C-168/95 cosa juzgada absoluta, las sentencias C-1056/03 se refirió al nuevo sistema de transición adoptado por la ley 797/03 que modificó el artículo 36 de la ley 100/93; c) Inciso 3º, C-168/95 y las demás se han atendido a los decidido en ésta, como C-58/98 y 146/98.

⁵ Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

La Corte Constitucional termina declarando la exequibilidad en los siguientes términos: “Declarar EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, salvo el aparte final.” En conclusión, el único debate que podría darse sería sobre su interpretación y aplicación más no sobre la constitucionalidad. Entonces, si una persona quisiera que no se le aplicara la norma, por ejemplo, porque en el caso concreto resulta inconstitucional, tendría la carga de la argumentación para exponer las razones distintas a las debatidas en el estudio de la Corte que causan la contrariedad entre la aplicación de la norma y la Carta Política, de lo contrario, quedaría sometido de manera ineludible a su aplicación.

Interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Puede acudir en este punto a dos tesis principales:

(i) Tesis conforme a la cual a quien se encuentre dentro del régimen de transición del inciso 2º del artículo 36, es decir, (al 1 de abril de 1994, 30 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, o 15 años o más de servicio de cotización) se le deben aplicar las normas o el régimen anterior al que estaba afiliado, es decir, tanto las condiciones o requisitos para su reconocimiento (Edad y tiempo de servicio) como las condiciones o requisitos para su liquidación (sueldo, factores salariales, tiempo y monto o porcentaje de la pensión). Esta tesis sustenta la Sentencia de la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado:

“...el régimen de transición es un beneficio que la ley concede al servidor, consistente en que se le aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra.

(...)

Se agrega a lo anterior que, son 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. En el caso presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen...”.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, radicación No. 15001-33-31-007-2007-0052-01 del año 2009, Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 ha dicho:

“El reconocimiento de la pensión efectuado al demandante, se hizo bajo el amparo de la Ley 100 de 1993 cuando, sin lugar a dudas, debía hacer de acuerdo con legislación anterior que debía regir íntegramente para quienes a la fecha de entrar en vigor el nuevo ordenamiento, tuvieran la edad y el tiempo de servicios requerido por la norma del artículo 36 transcrito. Este precepto consagra para quienes satisfacen las exigencias allí enunciadas las condiciones del régimen antiguo en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. Ha de precisarse que el aparte final del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue declarado

inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 168 de 20 de abril de 1995, por estimarlo contrario al principio constitucional de igualdad. La disposición decía: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos." Al quedar sin vigencia la norma precitada, el ingreso para las personas bajo el régimen de transición a quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, quedó constituido por el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. Sin embargo, el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, ha sostenido que el régimen precedente relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso."

En esta postura interpretativa se inscribe igualmente la tesis del H Consejo de Estado en la sentencia de unificación emitida en el año 2010. La Sala Plena de la Sección Segunda en sentencia de unificación de 4 de agosto de ese año (Rad. 25000232500020060750901), definió la manera como se ha de reliquidar la pensión de jubilación en cuanto a los factores de salario del último año de servicios.

Para ello, dicha Corporación precisó que para los "empleados oficiales" con régimen de transición, una de las normas aplicables era la ley 33 y la ley 62, ambas de 1985 (edad, monto y tiempo de servicios).

Como el problema jurídico se contraía a definir con qué factores de salario se constituía el Ingreso Base de Liquidación Pensional, esa Corporación previamente citó los criterios que manejaban cada una de las subsecciones (de la sección segunda), las cuales se resumen así: (i) En el IBL, se debía incluir **todos** los factores salariales percibidos por el trabajador. (ii) En el IBL, solo podían incluirse aquellos sobre los cuales se realizaron **aportes**. (iii) En el IBL, se incluían aquellos que estaban **taxativamente** enlistados en la norma.

Por lo que el Consejo de Estado en aplicación principios constitucionales en especial el de favorabilidad laboral, determinó que la Ley 33 de 1985 no indica de manera taxativa los factores de salario que conforman la base de liquidación pensional, sino que estos son enunciativos, siendo posible incluir otros emolumentos que haya percibido el trabajador en el último año de servicios y que tenga el carácter de habitualidad y de retribución directa del servicio⁶.

Como puede verse, premisa de esta decisión es la aplicación integral del régimen pensional anterior, tanto en lo que se refiere a las condiciones o requisitos de

⁶ Tomado de la sentencia en cita: "...Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a 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, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando."

reconocimiento (edad y tiempo de servicio) como las condiciones o requisitos para la liquidación (sueldo, factores salariales, tiempo y monto o porcentaje de la pensión).

(ii). Tesis según la cual cabe la aplicación mixta, conforme a la misma por ser una norma transitiva el citado artículo 36 de la Ley 100 debe hacer posible la aplicación conjunta de aspectos de los dos regímenes, por lo tanto, diferencia entre la condiciones o requisitos para el reconocimiento de la pensión (edad y tiempo de servicio) de las condiciones o requisitos para su liquidación (sueldo, factores salariales, tiempo y monto o porcentaje de la pensión).

La Corte Constitucional en sentencia T-997 de 2007 al resolver un caso sobre la aplicación íntegra de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100/93 frente a un régimen especial, sostuvo que cuando existe éste no puede aplicarse el inciso 3º porque se rompe el principio de favorabilidad e inescindibilidad del régimen especial, acogiendo la primera tesis interpretativa:

5.4.8 En virtud de lo expuesto, esta Corporación ha concluido que existe violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, en todos aquellos casos en que la autoridad encargada de liquidar una pensión de jubilación, no aplique para el efecto, el ingreso base de liquidación que prevé el régimen que ampara al trabajador que se encuentre en los supuestos fácticos que contempla el régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, y en su lugar, de aplicación al inciso tercero del artículo 36 de dicha ley. Esto por cuanto, tal y como se indicó anteriormente, la aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo tendrá lugar cuando el régimen que cobija a dicho trabajador, no establezca de forma explícita el ingreso base de liquidación correspondiente.

El Auto 144 de 2012 de la Sala Plena de la Corte Constitucional –emitido a raíz de una solicitud ciudadana de nulidad de una sentencia de revisión de tutela- recoge la postura anterior de la Corte en torno al régimen de transición y sistematiza la jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión en torno al mismo, que acoge claramente la primera tesis interpretativa. Señaló la Corte en este auto:

“En **conclusión**, la jurisprudencia constitucional ha fijado las siguientes subreglas:

Un régimen pensional especial comprende **(a)** tanto los requisitos para el reconocimiento de la pensión en términos de edad –cuando se prevé- y tiempo de servicio, como **(b)** la fórmula para calcular la pensión en cuanto a: **(1)** el ingreso base de liquidación, **(2)** la fórmula para determinar tal ingreso base de liquidación, es decir, las asignaciones que se deben tener en cuenta, y **(3)** el porcentaje de dicho ingreso que se reconoce como mesada, entre otros.

Las entidades tienen la obligación de aplicar las anteriores reglas **de forma integral**, es decir, al operador jurídico no le es posible aplicar en forma fragmentada las reglas del régimen especial, no puede aplicar paralelamente, de un lado, los requisitos del régimen especial para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión, y de otro, la fórmula de cálculo de la pensión de la Ley 100. Lo contrario implicaría una violación del principio de la inescindibilidad de los regímenes pensionales.”

Sin embargo la línea reiterada y sólidamente construida en la jurisprudencia de las salas de revisión de tutelas en torno a la aplicación integral de los regímenes

especiales de pensiones a los beneficiarios del régimen de transición que surgió a partir de la interpretación de los incisos 2 y 3 del art. 36 de la Ley 100 de 1993, varió con la expedición de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 para acoger la segunda tesis interpretativa, como pasa a verse.

Este fue el problema jurídico que se planteó la Corte en la sentencia SU-230 de 2015:

(...) Sobre este punto, la Sala Plena se detendrá a estudiar el problema jurídico que deviene de la aplicación del Ingreso Base de Liquidación en materia pensional, concretamente, la jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en relación con el precedente establecido por la Sala Plena en la sentencia C-258 de 2013⁷.

A continuación la Corte acudió a los conceptos de jurisprudencia en vigor y precedente, señalando que antes del año 2013 no existía un pronunciamiento de constitucionalidad sobre el ingreso base de liquidación en el contexto del régimen de transición. Indicó que dicho pronunciamiento fue establecido en la sentencia C-258 de 2013 donde por primera vez la Corte analizó el IBL estableciendo una nueva sub regla del régimen de transición conforme a la cual *“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. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”*

Se refirió igualmente la Corte en la Sentencia SU-230 de 2015 al Auto 326 de 2014⁸ en el cual negó la petición de nulidad de la sentencia T-078 de 2014, solicitud fundada en el desconocimiento por la Sala de Revisión del precedente constitucional en materia del régimen de transición. Al negar la nulidad la Corte consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente porque no existía antes de la Sentencia C-258 de 2013 un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación dentro del régimen de transición del monto y el ingreso base de liquidación y al no existir éste estaba permitida aquella interpretación que a la luz de la Constitución y la ley acogieran razonadamente las salas de revisión. Señaló igualmente la Corte que en las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) no se había referido al IBL, y por ello, el precedente establecido por la Sala Plena de la Corte está formulado en la Sentencia C-258 de 2013. Conforme a lo anterior la Sala Plena citó apartes de la citada sentencia y al resolver la solicitud de nulidad concluyó:

“3.2.2.5. Como se acaba de ver, es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna.

3.2.2.6. A partir de las anteriores razones, la Sala Plena considera que la solicitud de nulidad no está llamada a prosperar, por cuanto la Sala Segunda de Revisión de Tutelas no cambió la

⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ M.P. Mauricio González Cuervo

jurisprudencia constitucional en vigor, relativa a la interpretación del inciso 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo atinente a la forma de liquidar el monto y el ingreso base de liquidación, sino que, por el contrario, siguió en estricto rigor la interpretación fijada por la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y que establece, preciso es reiterarlo, que el monto y el ingreso base de liquidación se calculan bajo presupuestos diferentes, el primer concepto, bajo el régimen especial del que fuese beneficiario el afiliado antes de la entrada en vigencia del tránsito normativo, y el segundo, siguiendo lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100/93" (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, el H Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia del 19 de junio de 2015, expediente número 152383333752201400159, concluyó que debía continuarse aplicando la sentencia de unificación del H Consejo de Estado (4/08/15) pues " (...) *para la Sala resultan contradictorios los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en las providencias mencionadas, toda vez que, en principio, se reiteró de manera enfática que las decisiones y consideraciones plasmadas en la C-258 de 2013 se aplicarían únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, por tanto, estos no se harían extensivos a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados por otras normas (...)*" y "es deber de esta Sala señalar que al tener en cuenta la sentencia emitida por la H. Corte Constitucional SU-230 del 29 de abril de 2015, no encontraría salvaguardia el derecho a la igualdad de aquellos pensionados que adquirieron su derecho en las mismas condiciones que quienes fueron cobijados integralmente por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en aplicación de la providencia del 04 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado, por tanto, es válido concluir que en virtud del principio fundamental de favorabilidad se continuará aplicando el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa"

El H Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 24 de junio de 2015, expediente número 25000232500020110070901 (2060-2013), Magistrado Ponente, doctor Gustavo Gómez Aranguren, mantuvo la misma línea jurisprudencial, "en el sentido que cuando alguien es beneficiario del régimen de transición, la palabra "monto" dispuesta en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no está haciendo alusión únicamente al porcentaje contemplado en el régimen anterior, sino a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, que –en este caso- son los que consagra el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 (modificado por el artículo 1º de la Ley 62/85)".

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 17 de noviembre de 2015, expediente número 11001031500020150274600, Magistrado Ponente, doctor Gerardo Arenas Monsalve, tuteló el derecho a la igualdad y el debido proceso del accionante porque "se apartó del pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado, Sección Segunda en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 (NI. 0112-2009)", fundamentado en que "los motivos expuestos por el tribunal acusado no son suficientes para apartarse de la providencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación... esta Sala no ha modificado la posición acogida en la sentencia mencionada..."

Y, por último, la Sección Segunda, Sala Plena, en sentencia de unificación de fecha 19 de noviembre de 2015, expediente 250002342000201300154101 (Ref. 4683-2013), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, afrontó el debate pendiente sobre la aplicación de la C-258/13 y SU-230/15 dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se trata de pensiones regidas por el régimen de transición y que no se trate de las regidas por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. El H Consejo de Estado sienta una premisa esencial consistente en interpretar que el *“régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispuso el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje”*. En cuanto a la liquidación reafirma la línea fijada en sentencia del 4 de agosto de 2010 por esa misma Sala, sin embargo, sostiene que frente a los factores salariales *“que 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”*, en cumplimiento del Acto Legislativo 01 de 2005⁹. Finalmente, frente a la aplicación de la C-258/13 consideró que no era precedente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo porque, primero, el fundamento del juicio de inexecutable de los aparte del artículo 17 de la Ley 4/92 era la situación de “privilegio” de los Congresistas, lo cual no es comparable ni se puede generalizar a todos los regímenes especiales que subsisten en el sector público (DAS, Rama Judicial, Contraloría, etc), pues *“ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hacen parte de los pensionados con prerrogativas o prebendas que se otorgan sin sustento, ni constituyen reconocimiento que conlleven afectación al principio de sostenibilidad fiscal”*; segundo, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado donde el concepto de “monto” no puede escindirse del “ingreso base de liquidación” está consolidada por más de 20 años; tercero, el H Consejo se aparta de manera justificada y razonable de la sentencia en ciernes, ya que la inexecutable y la sentencia modulativa no se puede *“generalizar, pues como ya se anotó, se hace necesario el estudio de los fundamentos de los regímenes especiales de los servidores públicos que no precisamente consagran ventajas injustificadas frente a la forma de establecer el ingreso base de la liquidación de la pensión vitalicia; por ello cobra relevancia precisamente el principio de igualdad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, al determinarse que por razón de su actividad específica y desarrollo de la misma ciertos servidores públicos se encuentran gozando de los beneficios establecidos en los regímenes especiales de transición y que les asiste igual derecho a quienes tienen una expectativa legítima del reconocimiento pensional bajo la normatividad vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993”*; cuarto, con respecto a la SU-230/15 consideró la H Sección Segunda que la Corte Constitucional avaló la interpretación de la Corte Suprema sobre la materia y dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria, sin embargo, la jurisdicción contenciosa administrativa no le sirve de precedente porque *“conoce de los regímenes especiales del sector público*

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 6 de noviembre de 2014, expediente interno No. 3155-2013, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y la Ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congressistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013"; quinto, finalmente, el H Consejo de Estado, Sección Segunda, manifiesta que la Corte Constitucional todavía no ha evaluado estos argumentos, pues siendo la máximo tribunal de lo contencioso administrativo tiene derecho a que defenderse dentro de los procesos de tutela contra sus sentencias.

Como se puede observar, el juez queda perplejo porque existe un superior funcional directo que es la máxima autoridad contenciosa administrativa (Art. 237 CP) y un superior funcional indirecto que es la máxima autoridad en la interpretación de la Constitución Política (Art. 241 CP). A ambas autoridades está vinculado¹⁰: Al Consejo de Estado de manera positiva mediante los artículos 10, 102, 269 y 270 CPACA, a la Corte Constitucional por vía de la cosa juzgada constitucional y la *ratio decidendi* en la sentencias de tutela. (Art. 86, 241.9 y 243 CP). La perplejidad del juez se evidencia en que tiene el deber de decidir no de manera automática sino a partir del caso concreto de manera independiente dentro de una Constitución normativa, con carta de derechos fundamentales y mecanismos de protección de éstos, por ello, el juez se encuentra en una encrucijada jurídica, constitucional y vital, pues la respuesta correcta no está dada de antemano de manera positiva sino que se encuentra dentro de un mundo jurídico complejo.

Qué debe hacer entonces el Juez cuando existe una línea jurisprudencial que lo vincula de manera funcional y directa como es la del Consejo de Estado y otra contraria de la Corte Constitucional? decidir a partir de los derechos y la Constitución, como pasará a verse.

Los efectos del cambio de jurisprudencia y los derechos.

Si bien el cambio de jurisprudencia es un fenómeno normal dentro de todo sistema jurídico, en principio afectaría principios esenciales como los derechos adquiridos, la seguridad jurídica y la igualdad de trato, sin embargo, si cambia la Jurisprudencia y esta es fuente formal del derecho por vía de la interpretación, entonces también cambia la ley y ya no podríamos hablar de vulneración de derechos y principios fundamentales sino de su necesaria conciliación y armonización para que todos se materialicen en la mayor y mejor medida dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas disponibles.

Lo anterior se relaciona, en el ámbito del derecho administrativo, con la teoría de las cargas públicas, que supone que la vida en sociedad impone cargas y deberes (Art. 6

¹⁰ Corte Constitucional C-539 y 634 de 2011.

y 95 CP), los cuales deben ser soportados de manera igual por todos los asociados, sin que nadie está obligado a soportar un daño si no está jurídicamente justificado, y si ocurriera, también debe resarcirse (Art. 90 CP) con base en dicha teoría y la solidaridad¹¹. Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

"La igualdad, y como se antepuso, su manifestación en el equilibrio ante las cargas públicas, aparece como el bien jurídico a restituir en estos casos, fruto directo de postulados equitativos a los que repugna, como lo expresan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los eventos de extrema desigualdad en la repartición de las cargas públicas.

Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social -y por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado.¹²"

Desde la anterior perspectiva debe analizarse como en este caso las sentencias de unificación cambian la relación jurídica entre las partes y les crean derechos, obligaciones y deberes que antes no tenían. Si bien todas las partes están sometidas al imperio de la ley, la forma y los efectos de ese sometimiento son distintas para cada una de ellas, pues la conducta de la administración es en esencia reglada (Art. 6, 121, 122 y 125 CP), en tanto que la conducta del trabajador es libre y solamente está sometida a lo que la ley prohíba (Art. 6 y 16 CP). De otra parte, las reglas de derecho a las cuales están sometidas las autoridades públicas están compuestas no sólo por la disposición y su interpretación práctica, también por la ratio decidendi o subreglas jurisprudenciales, pues el "deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional" (C-539/2011 y C-634/2011)

Acorde con lo anterior la Corte Constitucional ha sostenido que la "reconceptualización del principio de legalidad" consiste en que se "vincula el concepto de "ley" u "orden jurídico" a la jurisprudencia como fuente formal del derecho", por lo tanto, el precedente jurisprudencial se vuelve obligatorio pues hace parte del principio de legalidad, la seguridad jurídica y la igualdad. Por esta misma razón los cambios

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 2007, Radicación número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), MP. Enrique Gil Botero. Incluye como referencia estas dos sentencias: a) CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p. Pedro Gómez Parra, septiembre 30 de 1949. "El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado". b) CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p.: Guillermo González Charry, abril 21 de 1966. "todo perjuicio anormal, que por su naturaleza e importancia exceda las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser considerado como una violación de la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas, y por consiguiente debe ser reparado".

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 2007, Radicación número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), MP. Enrique Gil Botero

jurisprudenciales no pueden ser “arbitrarios” debe demostrarse que dicho cambio es imperioso, “en tanto concurren razones sustantivas y suficientes” para ello. Las autoridades administrativas, por el contrario, no tienen esa libertad para apartarse de la jurisprudencia, “habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto” porque “la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración”. (ib)

En ejercicio del control de constitucionalidad abstracto, la Corte ha considerado la naturaleza particular de los derechos en juego para modular los efectos de sus sentencias. Al declarar la inexecutable del artículo 116 de la Ley 6 de 1992¹³, mediante el cual se ordenó un ajuste a las pensiones del sector público nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 para compensar las diferencias en el aumento aplicado a los salarios y a dichas pensiones, fijó los efectos de su sentencia bajo la tesis del respeto a las situaciones pensionales consolidadas que gozan de protección constitucional:

“La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello.”¹⁴ (Subrayas fuera de texto).

En consecuencia, si bien no pueden afectar derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas, los cambios de jurisprudencia pueden crear una situación más favorable a los intereses de los pensionados o retirados del servicio, y si se aceptara que los derechos irrenunciables y periódicos se agotan en un solo instante o pronunciamiento judicial, se daría una vulneración del derecho constitucional a la igualdad (art.13 CP), pues es obvio que las personas que demandaron antes del

¹³ “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones”

¹⁴ Sentencia C-531 de 1995.

cambio jurisprudencial sufrirán un desmedro en sus intereses particulares, frente a las personas que con base en el nuevo pronunciamiento demandan con el propósito de obtener la favorabilidad otorgada con el mismo.

Frente a lo anterior ha dicho la jurisprudencia de ésta Jurisdicción que al operar el cambio de jurisprudencia la sentencia de unificación puede tener efectos retrospectivos, aplicándose a situaciones pensionales ya consolidadas pero que siguen ejecutándose en el tiempo, con el pago de cada mesada pensional. La Sección Segunda, subsección "A", sentencia del 10 de julio de 2014, Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01646-01(2720-13), MP. Luis Rafael Vergara Quintero, sobre nuevas peticiones realizadas por titulares del derecho a las mesadas frente a cambio de jurisprudencia, dijo:

"La jurisprudencia del Consejo de Estado, para la época en que se expidieron los actos acusados no tenía unificado el criterio en torno a los factores que debían de tenerse en cuenta para liquidar las pensiones con fundamento en la Ley 33 de 1985, pues existían providencias como las citadas en la resolución de reconocimiento pensional del demandante que determinaban que la liquidación debía realizarse con base en los factores que se tuvieron de base para realizar los aportes en el último año de servicios, mientras que existían otras que señalaban que tal liquidación debía hacerse sobre los factores salariales devengados en el último año de servicios. La interpretación anterior se hizo en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en la Constitución Política y su aplicación se materializó sobre actos administrativos expedidos, obviamente, en forma previa a la fijación de tal criterio, por lo que mal puede considerarse que solo aplica para reclamaciones decididas por la administración con posterioridad a dicha definición, pues lo que hace es interpretar, en la forma más favorable al trabajador, las disposiciones que le son aplicables, en garantía de un principio constitucional, razón por la cual es válidamente aplicable en el caso bajo análisis."

De igual manera nuestro Tribunal señaló refiriéndose a la retrospectividad del precedente judicial contenido en las sentencias de unificación en materia pensional ¹⁵:

"Conforme a lo antes señalado y a la reconceptualización del principio de legalidad, no cabe duda, que tanto el legislador como la Corte Constitucional **equiparan a la jurisprudencia de unificación a la ley**, es imperioso que la misma se aplique como fuente formal y material del derecho, por lo que a este tipo de providencias que cumplan con las características referidas, deberá dársele el trato similar a una ley, en este sentido es indispensable observar el fenómeno de la retrospectividad, a fin de que en casos donde la jurisprudencia de unificación afecte a situaciones jurídicas en curso al momento de ser proferida.

En síntesis, para esta Sala es nítido que la retrospectividad de las sentencias de unificación, conforme a los pronunciamientos que anteceden, se puede aplicar al ser proferidos por los Tribunales de cierre de cada jurisdicción, como fuentes formales y materiales de la ley, bajo el nuevo concepto de legalidad, o como lo deja entrever la Corte, en el entendido de un sistema constitucional incluyente, en el que deben superarse los formalismos para pasar a la concreción de los principios iusfundamentales, en especial el de igualdad y universalidad que integran el derecho a la Seguridad Social. (...)"

¹⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 3. Magistrada Ponente Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Sentencia de abril de 2014. Demandante: Lilia Emma Coy Ávila. Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicación: 150013333010201300038-01.

Nuestra postura acoge también este sentir fundamental de los derechos, y comprende que la cosa juzgada sobre un derecho que no se agota sino que todo el tiempo se encuentra vigente, cuya naturaleza es de prestación periódica, puede ser objeto de un nuevo debate jurídico cuando ocurre un cambio de jurisprudencia como es el caso que nos ocupa, puesto que con ella se constituye un nuevo derecho que afecta directamente hacia el futuro la situación particular y concreta del pensionado.

Sin embargo los efectos económicos del cambio de jurisprudencia son hacia el futuro. Señaló el Tribunal Administrativo de Boyacá:

“(...)Entonces si la fuente de derecho surtió efecto el 1º de octubre de 2010, con la sentencia de unificación, ninguna afectación puede tener sobre mesadas anteriores a esa fecha, en relación con factores que hasta entonces no se venían incluyendo porque no se consideraban retribución directa del servicio y/o porque estaban contempladas como factor de liquidación pensional en el Decreto 1045 de 1978. (...)”¹⁶

En consecuencia, establecido el carácter vinculante de la jurisprudencia de unificación, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, y el carácter prevalente de los pronunciamientos de ésta última como interprete autorizado de la Constitución (art. 243) es necesario determinar su aplicabilidad en el tiempo. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia es fuente formal del derecho y concretiza la disposición, habrá que decir que en principio aplica hacia el futuro y no puede interferir en situaciones jurídicas consolidadas a no ser que la nueva interpretación jurisprudencial sea más favorable para el derecho en discusión (art. 53 C.P.), caso en el cual cabe hacer una aplicación retrospectiva de la nueva regla sobre situaciones consolidadas que siguen ejecutándose en el tiempo, como cuando el derecho reclamado es la reliquidación de la pensión, que tiene como característica que es una prestación periódica, se mantiene vigente en el tiempo, es irrenunciable, imprescriptible y es cíclico, así que se afecta y renueva en cierto periodo de tiempo.

6.- SOLUCIÓN DEL CASO

Previo a resolver el fondo del asunto se considera necesario precisar si es procedente reliquidar la pensión del demandante sin que se haya demostrado su retiro definitivo del servicio, pues del caudal probatorio se demuestra que el señor Alberto Lemos Valencia a marzo del presente año¹⁷ se encuentra vinculado como docente en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, por tanto, para resolver dicho interrogante se debe atender el mandato de la “reliquidación pensional” de los artículos 9º de la Ley 71/88 y 10º del Decreto 1160/89, donde se previó que las personas pensionadas o aquellas con derecho a pensión pertenecientes al sector público en todos los niveles (nacional y local) que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tienen derecho a la reliquidación pensional “tomando como base el

¹⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 3. Magistrada Ponente Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ. Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Julio Humberto Gómez Munevar. Demandado: Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicación 150013333004201400002 en sentencia del 23 de abril de 2015:

17 Folio 223

promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social”, situación que se presenta en el *sublite*.

Asimismo, el Consejo de Estado ha señalado que es procedente un reconocimiento pensional provisional pues así lo consideró en sentencia del diecisiete (17) de febrero de dos mil cuatro (2004):

“...Es claro que en el caso de los empleados oficiales que, con anterioridad al 1° de abril de 1994 -fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993-, cumplieron los requisitos pensionales previstos en la Ley 33 de 1985, su prestación se regula por ese régimen general, siempre que no estuvieran sometidos a uno especial. De esta manera, consolidado un derecho pensional frente a ese régimen, el mismo debe gobernarlo, a pesar de que su reconocimiento se haga después de la vigencia del régimen pensional de la Ley 100 de 1993. En materia pensional y bajo el régimen general anterior a que se ha hecho referencia, aunque la ley no lo establece de esa manera, se ha considerado que existen reconocimientos provisionales y reconocimientos definitivos, clasificación compatible entre sí. La primera cuando el ordenamiento jurídico permite el reconocimiento de la prestación antes del retiro del servicio y la segunda cuando se efectúa sobre la liquidación de factores pensionales percibidos total o parcialmente después de la anterior y con ocasión del retiro del servicio...”¹⁸ -Subrayas fuera de texto-.

De la misma manera el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del cuatro (4) de dos mil seis (2006), resolvió:

“El reconocimiento pensional provisional. Es posible que el servidor judicial, antes de su retiro efectivo del servicio y bajo el régimen legal señalado, haya solicitado una o más veces el reconocimiento pensional, con el ánimo de que en cada ocasión se le ajuste la mesada pensional según sus emolumentos certificados, para disponer del acto pensional cuando se retire; en esos eventos, se entiende que dichos reconocimientos son de carácter “provisional” porque aún no ha operado el retiro definitivo del servicio que, en definitiva, es el que permite establecer el último año de servicios y la retribución relevante en materia pensional. No sobra advertir que en ocasiones el servidor público judicial sometido al D.L. 546/71 obtiene el reconocimiento pensional provisional (antes de su retiro) en el cual se le señala el monto o valor de la mesada pensional, desde cuándo se tiene el derecho y la condición del retiro para entrar a disfrutar de la prestación periódica”.¹⁹

Conforme a lo anterior para el Despacho no cabe duda que sí es procedente estudiar la reliquidación pensión solicitada con el libelo de la demanda, es decir, el de establecer si el 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

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 15001-23-31-000-1999-00426-01(2502-03)

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”, Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO, Bogotá D. C., mayo cuatro (4) de dos mil seis (2006), Radicación número: 25000-23-25-000-2001-04953-01(2052-04)

servicio (1 de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014), en virtud de la aplicación de la Ley 33 de 1985 al estar cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Descendiendo el estudio del caso concreto, se tiene que en materia pensional de los docentes de universidades públicas, como lo era el demandante ALBERTO LEMOS VALENCIA²⁰, el artículo 38 Del Decreto 1444 de 1992 señaló:

“Las pensiones y sustituciones pensionales de los empleados públicos docentes de las universidades públicas del orden nacional se continuarán rigiendo por la Ley 33 de 1985, por las demás leyes expedidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992 y las que las modifiquen o reemplacen.”

Así las cosas, se deberá decir que la Ley 33 de 1985 derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, unificando la edad pensional para hombres y mujeres a los 55 años de edad. Estableció igualmente una pensión mensual vitalicia de jubilación para los empleados oficiales que llevaran 20 años continuos o discontinuos y cumplieran 55 años de edad equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Empero, no quedaron cobijados por esta norma, como quiera que la misma se encargó de excluir a los siguientes servidores públicos:

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

Estudiados los anteriores presupuestos, se encuentra que el demandante, dentro del presente proceso, no se encuentra inmerso dentro de alguna de las anteriores excepciones, razón suficiente para establecer que el régimen aplicable al demandante es el contemplado en la Ley 33 de 1985 y los factores salariales a tener en cuenta para efectos de realizar la liquidación de la mesada pensional dentro del caso bajo

²⁰Así lo acredita el documento contenido en el archivo 7 del expediente administrativo pensional en medio magnético folio 84.

estudio son los determinados en la Ley 62 de 1985, que subrogó en lo pertinente la citada Ley 33 de 1985, habida consideración que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor Alberto Lemos Valencia contaba con más de 40 años de edad, pues su fecha de nacimiento fue el 14 de enero de 1951 (Expediente administrativo medio magnético folio 48), le es aplicable el régimen de transición consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la nombrada Ley 100 de 1993.

Si bien mediante sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional (C-258 de 2013) cambió la comprensión del régimen de transición afirmando la Corte Constitucional 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. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”**- aclarando la Corte en la sentencia Su-230/2015 que constituye un precedente de ineludible acatamiento para todos los beneficiarios del régimen de transición, esta doctrina constitucional vinculante como nueva regla jurisprudencial surgió con posterioridad a la consolidación de la situación pensional y ello equivaldría a darle a la regla de derecho efectos retroactivos sobre una situación pensional consolidada y desconocer el derecho adquirido de la demandante a que se liquide su pensión con el bloque de legalidad vigente al momento en que se consolidó el derecho pensional. Nótese que el inciso 7 del artículo 48 C.P., modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 señala “El estado respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”- y a la jurisprudencia de unificación, si esta ocupa en el sistema de fuentes del derecho la misma posición que la ley-. Igualmente señala el art. 48-9 constitucional que únicamente habrá lugar al derecho adquirido en materia de pensión de vejez cuando la persona reúna todos los requisitos establecidos para el efecto, lo cual aconteció para la demandante como se ha establecido mucho antes de que fueran expedidos los mencionados pronunciamientos

6.1.-Lo solicitado en la demanda.

Se depreca la nulidad de los actos administrativos contenidos en: Resolución No. 015077 del 20 de abril de 2015, Resolución No. RDP 027113 del 02 de julio de 2015 y la Resolución No. RDP 032669 del 11 de agosto de 2015, y el consecuente restablecimiento del derecho consistente en reliquidar la pensión de jubilación del demandante de tal forma que su monto equivalga al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio (1 de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014)

6.2. Lo probado en el proceso

Dentro del plenario se encuentra acreditado que el demandante nació el 14 de enero de 1951, tal como consta en su copia del Registro Civil de Nacimiento obrante en medio magnético a folio 84 del expediente, de tal suerte que para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 43 años de edad.

A través de la Resolución N° 55019 del 23 de noviembre de 2007, la entidad demanda le reconoció al señor Alberto Lemos Valencia la pensión mensual vitalicia por vejez, estableciendo "...que la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100/93, y sentencia 168 del 20 de abril de 1995 y el 30 de mayo de 2007 (...) Son disposiciones aplicables: Ley 100/93 art.36, Dto 1158/94, Dcto 01/84 (...)", asimismo, que allí se tuvo en cuenta como factores salariales la asignación básica, bonificación por servicios prestados, horas catedra (fls. 38-42)

Por su parte la **Resolución No. RDP 027113 del 2 de julio de 2015**, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P., a través del cual resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. RDP 015077 del 20 de abril de 2015, señaló que *"(...) se puede establecer que de acuerdo con el principio de inescindibilidad según la cual se elige la norma que sea más favorable al trabajador, pero en su totalidad, sin aplicarse parcialmente, no es procedente acceder a dicha petición ya que se aplicó en su totalidad el artículo 36 de la Ley 100, por lo que ya no podría aplicarse en su totalidad la Ley 33 y 62 de 1985. En consecuencia, la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez del peticionario con la inclusión de todos los factores salariales devengados y certificados durante el último año de servicio no es procedente"* (fl.61 y 61 vto).

Finalmente la **Resolución No. RDP 032669 del 11 de agosto de 2015**, proferida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P., a través de la cual se resuelve negativamente el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria en contra de la Resolución No. 015077 del 20 de abril de 2015, señaló que *"(...) Que cabe apreciar entonces que los factores aducidos por el solicitante, los cuales no se tuvieron en cuenta para liquidar su pensión de vejez, no se encuentran establecidos en el artículo anterior (artículo 1º decreto 1158 de 1994), por lo tanto no son tomados como base para calcular la liquidación de dicha pensión (...)"* (fl.64).

Conforme a lo anterior, para el Despacho es claro que el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para la entrada en vigencia de dicha normatividad, contaba con más de 40 años de edad. En consecuencia, el demandante tiene derecho a que se le apliquen en su integridad las normas contempladas en la Ley 33 de 1985, como en efecto lo solicita en la demanda.

Así entonces, partiendo del hecho que el demandante se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que por lo mismo se le deben aplicar los requisitos establecidos en la Ley anterior para su pensión, el Despacho analizará qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar la pensión.

Ahora, de acuerdo al certificado de salarios devengados obrante a folios 194 a 223 del expediente, el demandante devengó durante su último año de servicios (1 de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014)²¹, los siguientes factores salariales:

- Gastos de representación
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones
- Sueldo devengado
- Prima de servicios
- Bonificación por servicios
- Catedra economía diurno
- Catedra Prima navidad

Respecto a la **Prima de Vacaciones, Prima de Navidad**, debe estar se lo dispuesto en la ya referida sentencia de unificación del Consejo de Estado, que sostiene lo siguiente:

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

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

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

Así las cosas y en consonancia con las directrices jurisprudenciales trazadas por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera **habitual y periódica**, que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio, por tal razón la **catedra prima de navidad** también deberán ser incluidas en la base de la liquidación de la pensión por su carácter retributivo y periódico, como contraprestación directa del servicio prestado. Asimismo se deberán incluir los factores salariales de **Gastos de representación y bonificación por servicios prestados** como quiera que están enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 65 del mismo año.

²¹ Pues así se solicita en el libelo de la demanda (fl.3)

En relación con la **prima de servicios**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 y 58 del Decreto 1042 de 1978, constituye factor salarial, el cual se cancela anualmente, y equivale a 15 días de remuneración, que se pagará dentro de los primeros quince días del mes de julio de cada año. Cuando el funcionario no haya trabajado el año completo en la misma entidad tendrá derecho al pago proporcional de la prima, en razón de una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre²².

Finalmente, en relación con la **cátedra economía diurna**, el Despacho acogerá lo dispuesto en la Sentencia del 27 de enero de 2011 con radicado interno N° 0045-09, Consejera Ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, en la que se estudió que dicho factor constituye factor de liquidación en la pensión, al respecto consideró:

"El artículo 11 del Decreto 259 de 1981, previó las equivalencias de las horas cátedra así: un mínimo de doce (12) horas cátedra semanales en el año lectivo, equivalen a un año de servicio; y menos de doce (12) y hasta seis (6) horas cátedra semanales en el año lectivo, equivalen a medio año de servicio. Con posterioridad el artículo 4 del Decreto 52 de 1994, reguló el límite máximo de 16 horas semanales para la prestación de la Docencia por hora cátedra, tiempo que será tenido en cuenta para los ascensos (art. 11 Decreto 2277 de 1979) y para la liquidación de vacaciones y Prima de Navidad. Por lo anterior, **deberá liquidarse la mesada pensional teniendo en cuenta las horas cátedra acreditadas por el actor**, teniendo en cuenta que son un factor efectivamente devengado durante el año anterior a la adquisición del status pensional".

Conclusión.

En consecuencia, el desconocimiento de las fuentes formales de los derechos reclamados sitúa a la decisión demandada en el ámbito de las causales de nulidad de los actos administrativos, pues fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarara 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 diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014**. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la demandante.

Conforme a lo anterior, es preciso tener presente que la nueva liquidación de la pensión surge a raíz de la expedición de la citada Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, que pasa a ser la nueva fuente del derecho que aquí se reclama. En efecto, al declarar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 en la Sentencia C-634 del mismo año, la Corte Constitucional señaló que este tipo de pronunciamientos son fuente formal del derecho. Al respecto, ha señalado el Tribunal Administrativo de Boyacá en lo que toca a los efectos en el ámbito de la reliquidación pensional²³:

²² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá. D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010) Radicación número: 17001-23-31-000-2005-02605-03(1475-07)

²³ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 3. Magistrada Ponente Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ. Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Julio Humberto Gómez Munevar. Demandado: Ministerio

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

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

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

Sin embargo, como no pueden traerse, como sostiene el Tribunal Administrativo de Boyacá, valores devaluados a la liquidación de la pensión, y los factores se incluyen con fundamento en la sentencia de unificación que logró ejecutoria el día 2 de octubre de 2010, estos valores se actualizarán conforme al índice de Precios al Consumidor desde cuando se hizo efectiva la situación pensional del demandante (1 de junio de 2007)²⁴ hasta el 1 de octubre de 2010 y se agregarán desde el día siguiente a la base de liquidación de la pensión.

Conforme a lo anterior, siendo el parámetro para contar el lapso prescriptivo la ejecutoria de la sentencia de unificación, se evidencia que en éste caso hay prescripción de los derechos a partir del **17 de diciembre de 2011** toda vez que la solicitud de reliquidación se elevó hasta el 17 de diciembre de 2014, ello con base en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que establece que las acciones que emanen de los derechos consagrados en las normas laborales prescribirán en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El pago de los valores a que se refiere la presente providencia, se ajustará al valor, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A., desde que fueron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia dando aplicación a la fórmula que se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicación 150013333004201400002. Sentencia del 23 de abril de 2015.

²⁴ Folio 41

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 unificada²⁵ 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 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 Tribunal²⁶:

“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

²⁵ 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.

²⁶ 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.

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.” (Citas suprimidas)

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. 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 Estado²⁷, que frente al particular concluyó lo siguiente:

- “El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.
- a) 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.
 - b) 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.

²⁷ 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).

- c) 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).
- d) 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.
- e) 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 CGP28, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- f) 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.- Se declara la nulidad de los siguientes actos administrativos: **i)** Resolución No. 015077 del 20 de abril de 2015, **ii)** Resolución No. RDP 027113 del 02 de julio de 2015 y **iii)** la Resolución No. RDP 032669 del 11 de agosto de 2015, 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.

SEGUNDO.- 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, reliquidar en debida forma, reconocer y pagar al señor ALBERTO LEMOS VALENCIA, identificado con cédula de ciudadanía N° 19.127.140 de Bogotá, 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 diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014²⁹. Es decir que a los factores salariales ya reconocidos – asignación básica, bonificación por servicios³⁰, -se deberán adicionar Gastos de representación, Prima de navidad, Prima de vacaciones, Prima de servicios, Catedra economía diurno, Catedra Prima navidad, con efectos fiscales a partir del 17 de diciembre de 2011, por prescripción trienal.

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

²⁸ “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:(...)”

²⁹ Pues así se solicita en el libelo de la demanda (fl.3)

³⁰ Resolución N° 55019 del 23 de noviembre de 2007

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

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.

CUARTO: Sobre los nuevos factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor Alberto Lemos Valencia respecto de los cuales no se hayan realizado descuentos a seguridad social, se ordena hacer las deducciones legales durante los cinco (5) últimos años de prestación de servicios del precitado, como se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

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

SEXTO: No se condena costas en esta instancia.

SÉPTIMO: Negar las demás 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