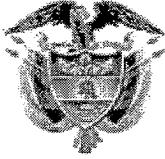


REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.40

Bogotá D.C., dos (2) de julio de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2015-00822-00

Demandante: Demetrio Villamizar Espitia

Demandado: UGPP

Tema: Reliquidación – Régimen Ley 33 de 1985

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

Pretensiones

1. Que se declare nulidad de la Resolución RDP 010364 del 17 de marzo de 2015, por la cual niega la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante y la nulidad de la Resolución RDP 021542 del 28 de mayo de 2015 que confirmó la anterior decisión.
2. Como consecuencia de las anteriores declaraciones a título de restablecimiento, se reconozca una pensión de jubilación en cuantía de \$296.841 a partir del 1º de enero de 1996 fecha de retiro del demandante, los reajustes de la Ley 4 de 1976 y 71 de 1988.
3. Que se condene a la demandada a reconocer una pensión con el 75% de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, tales como auxilio de transporte, subsidio de alimentación, asignación adicional, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, además de aquellos que se tuvieron en cuenta en las resoluciones de reconocimiento y reliquidación, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985.
4. Ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar las diferencias que resulten entre lo que se venía pagando y la sentencia que ponga fin al proceso, debidamente indexadas conforme con el índice de precios al consumidor de conformidad con el certificado de valores pagados que expida el FOPEP.
5. Se ordene a la entidad demandada a dar cumplimiento del fallo dentro el término establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y el pago de intereses moratorios.
6. Se condene a la entidad demanda a costas y agencias en derecho.

Tesis del demandante: El demandante indicó que del análisis del inciso final de la Ley 62 de 1985, no puede concluirse que los factores salariales que se deben tener en cuenta para el cálculo de la pensión sea taxativo, máxime cuando se advierte la existencia de otros factores.

Fundamenta sus argumentos en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, en donde se dispuso que es válido incluir en la cuantía de las pensiones 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.

Tesis de la demandada UGPP: La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, por cuanto las pensiones de los empleados deben ser liquidadas sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes en los términos de la ley 33 de 1985, siendo la lista del artículo 1º de la ley 62 de 1985 taxativa y cerrada por lo que no permite la inclusión de factores diferentes a los allí contemplados.

Fundamenta su defensa en la sentencia 143 de 2018 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el acto legislativo 01 de 2005 y la sentencia C-258 de 2013 de a Corte Constitucional

Identificación de los actos demandados: Se pretende la nulidad del acto administrativo consistente en la **Resolución No.RDP 010364 del 17 de marzo de 2015** por la que se niega la solicitud de reliquidación pensional y la **Resolución No.RDP 021542 del 28 de mayo de 2015** por la que se confirma la anterior decisión.

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si es procedente la nulidad de los actos administrativos demandados en razón a que del análisis del inciso final de la Ley 62 de 1985, no puede concluirse que los factores salariales que se deben tener en cuenta para el cálculo de la pensión sea taxativo, máxime cuando el mismo legislador advierte la existencia de otros factores o si conforme con lo argumentado por la entidad demandada, las pensiones de los empleados deben ser liquidadas sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes en los términos de la ley 33 de 1985, siendo la lista del artículo 1º de la ley 62 de 1985 taxativa y cerrada por lo que no permite la inclusión de factores diferentes a los allí contemplados.

Solución al problema jurídico: no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda con base en Sentencia de Unificación 143 del 28 de agosto de 2018¹ de la Sala Plena del Consejo de Estado, porque en virtud de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en materia de seguridad social, la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 1º y 48 constitucional modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 de la Ley 33 de 1985 es que pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo consideró que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

Es dable destacar que no se ha demostrado que en este caso existían razones jurídicas o fácticas que obliguen al juzgado a apartarse del precedente vertical² porque, por ejemplo, (i) concurren hechos o elementos normativos o doctrinarios relevantes, no valorados por el juez superior en su momento, que alteran la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; (ii) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciaron de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; u (iii) ocurrieron cambios normativos que hicieron incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico³.

¹ Expediente 52001233300020120014301 Ponencia Dr. CESAR PALOMINO CORTES.

² La jurisprudencia constitucional ha distinguido entre los precedentes verticales y horizontales. Los primeros se refieren a precedentes de autoridades judiciales con claras atribuciones superiores, en tanto que los otros, se refieren a precedentes fijados por autoridades de la misma jerarquía institucional.

³ Corte Constitucional, sentencias T-698 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-934 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

Factores que integran el ingreso base de liquidación. Según la Resolución 010670 del 19 de julio de 1997, se contemplaron los siguientes factores devengados en el último año de servicios comprendido entre el 30 de diciembre de 1994 y 30 diciembre de 1995⁴:

FACTOR	VALOR
Asignación básica	\$2.698.044,00
Horas extras	\$1.004.458,62
Bonificación servicios prestados	\$124.197,50
Incremento por antigüedad	\$301.272,00
TOTAL FACTORES	\$4.127.972,12

En virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1° de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos sobre todos los rubros que según la Ley deben constituir factor de liquidación pensional, siendo estos taxativos no enunciativos como se sostiene en la demanda.

Esta sub-regla se sustenta en el artículo 1° y 48 de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

Así pues, considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Caso concreto.

La entidad demandada en la Resolución No.003184 del 10 de abril de 1995⁵ reconoció la pensión de jubilación al demandante acorde con la Ley 33 y 62 de 1985 con el 75% sobre el salario promedio de los últimos 12 meses.

Conforme la Resolución No.010670 del 19 de julio de 1997⁶, la pensión del demandante se reliquidó teniendo en cuenta como factores la asignación básica, horas extras, bonificación por servicios prestados e incremento por antigüedad.

El 26 de noviembre de 2014 (archivo "2801 derechos de petición relacionados con la solicitud prestacional-3-2016-09-22_171351" en el expediente administrativo obrante en medio magnético CD a folio 145), el demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, la cual fue negada por la entidad mediante Resolución RDP 010364 del 17 de marzo de 2015 (fl.7-9).

Teniendo en cuenta que el último año de servicios del demandante corresponde al periodo comprendido entre el 30 de diciembre de 1994 y el 30 de diciembre de 1995 (de acuerdo con la Resolución No.010670 del 19 de julio de 1997 que obra a folio 5-6) y conforme con la certificación de salarios obrante a folio 13 del cuaderno principal, se tiene que en dicho periodo el demandante devengó lo siguiente:

Asignación básica *
Incremento por antigüedad *
Horas extras *
Bonificación servicios prestados *
Subsidio de alimentación
Auxilio de transporte

⁴ Folio 5.

⁵ Folio 2-4 del Cuaderno Principal.

⁶ Folios 5-6 del cuaderno principal.

Prima de servicios
Prima de navidad

* Reconocido

En la citada certificación, el Ministerio de Educación Nacional señaló que respecto de los factores salariales marcados con asterisco se habían efectuado “los respectivos descuentos de ley para pensión con destino a Cajanal Nit.8999990103” (fl.7).

Teniendo en cuenta que el subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios y prima de navidad, no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985⁷ que modificó la Ley 33 de 1985, sobre ellos no se hicieron cotizaciones al sistema pensional por lo que no pueden ser incluidos dentro del IBL de la pensión de jubilación del demandante.

En consecuencia, observando que la entidad demandada reconoció la pensión de jubilación al demandante Demetrio Villamizar Espitia, aplicando los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio como lo establece la Ley 33 y 62 de 1985, conforme con las normas aplicables al caso y al criterio fijado por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, es procedente negar las pretensiones de la demanda porque no procedía la reliquidación pensional con el fin de tomar como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no realizó los aportes al Sistema.

En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba.

Costas El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁸, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

⁷ **ARTÍCULO 1°.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

⁸ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁹ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.¹⁰

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR configurada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada según lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

TERCERO.- NO CONDENAR EN COSTAS, por no aparecer probadas, conforme a lo expuesto en precedencia

CUARTO.- En firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

20-7142

⁹ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

¹⁰ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación