

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 074

Santiago de Cali, mayo 31 de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Laboral
Radicación: 76-001-33 33-005-2016-00023-00
Demandante: Yolanda Sánchez de Rojas
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Seguridad Social – UGPP.

Juez: Carlos Enrique Palacios Álvarez

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por la señora Yolanda Sánchez de Rojas, en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Que se declare la nulidad de la Resoluciones No. RDP 028525 de julio 13 de 2015; No. RDP 042236 de octubre 14 de 2015, mediante las cuales se desconoció y negaron los factores salarles correspondiente la liquidación de la pensión de la demandante.

1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se declare que la actora tiene derecho a que la UGPP, le reconozca y pague su pensión de jubilación efectiva a partir de diciembre 24 de 1999, fecha de retiro oficial del causante, señor Edgar Vicente Rojas Mayolo (q.e.p.d.), asimismo, se proceda a liquidar los reajuste pensionales decretados en las leyes 4 de 1976 y 71 de 1988

1.3. Que se condene a la UGPP a pagar a la actora la pensión de jubilación, equivalente al 75% de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial del causante, señor Edgar Vicente Rojas Mayolo, conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial, según las normas anteriores a la Ley 33 de 1985.

1.4. Que se ordene el reconocimiento y pago de los intereses e indexación causados por las sumas restante por las diferencias entre los valores que le fueron reconocidos y los que se debieron recocer y la sentencia que de fin al proceso, a partir de la fecha de retiro del servicio hasta el momento de inclusión en la nómina con la totalidad de los factores, sumas que además se le deben hacer el reajuste conforme al índice de precio al consumidor.

1.5. Cumplir la sentencia en los términos consagrados en los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. Además que se reconozcan los intereses moratorios por el perjuicio causado y el IPC, desde que se hizo exigible la deuda.

1.6. Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. HECHOS

Los **HECHOS** expuestos en la demanda se resumen así:

2.1. El causante, señor Edgar Vicente Rojas Mayolo Flor (q.e.p.d.) prestó sus servicios laborales en diferentes entidades del estado, lo cual para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 acreditaba más de 20 años de servicio. Agrega que el último empleador fue el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses.

2.2. Mediante Resolución No 030168 de diciembre 16 de 1998 al señor Edgar Vicente Rojas Mayolo (q.e.p.d.) la Caja Nacional de Previsión Social (*hoy UGPP*) le reconoció a su favor una pensión de jubilación conforme a la ley 33/85, 100/93, la cual fue reliquidada mediante la Resolución No. 010615 de mayo 04 de 2001, efectiva a partir de diciembre 24 de 1999.

2.3. Que el señor Edgar Vicente Rojas Mayolo falleció en septiembre 18 de 2005, razón por la cual a través de las Resoluciones No. 18270 de abril 24 de 2006 y No.

32956 de julio 12 de 2006 a la señora Yolanda Sánchez de Rojas se le reconoció una pensión de sobreviviente, en calidad de cónyuge supérstite .

2.4. Refiere que en mayo 08 de 2015, elevó petición ante la UGPP solicitando la revisión de las Resoluciones que liquidaron la referida pensión con el fin que se incluyeran la totalidad de factores salariales devengados, ante lo cual la entidad mantiene su posición negativa.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca como tales:

- La Constitución Política en sus artículos 2, 6, 25 y 58

-Código civil.

- Leyes: 57/87; 1437 de 2011; 4 de 1966; 5 de 1969; 33 de 1985; y Decretos 1743 de 1966; 3135 de 1968; y 1045 de 1978.

4. CONCEPTO DE VIOLACION

El apoderado de la parte actora realiza un minucioso estudio de los preceptos antes mencionados, concluyendo que la entidad demandada en los actos demandados viola las normas constitucionales y legales, porque a pesar de los reiterados precedentes jurisprudenciales, la entidad demandada ha hecho caso omiso en la aplicación de la Ley 33 de 1985, por lo que procedió a liquidar la pensión sin incluir la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Igualmente hace mención a la interpretación y aplicación del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resaltado el derecho que tienen los servidores públicos de que les sea liquidada la pensión de jubilación con el promedio de los salarios y factores de salario devengados en el último año de servicio.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

5.1. El apoderado de la entidad demandada UGPP manifiesta que se opone a todas las pretensiones de la demanda al considerar que el reconocimiento pensional del señor Edgar Vicente Rojas Mayolo (q.e.p.d.) fue efectuado conforme a las normas procedentes.

Aclara que a través de la Resolución No. 18270 de abril 24 de 2006 expedida por CAJANAL hoy UGPP se reconoció una pensión de sobreviviente en favor de la señora Yolanda Sánchez de Rojas, en las mismas condiciones en que se le reconoció al señor Edgar Vicente Rojas Mayolo (q.e.p.d.), la cual fue reconocida en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respetando el régimen de transición del que era beneficiario, dando en aplicación a la ley 33 de 1985 y lo previsto en la ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994. Agrega que no es posible reliquidar la pensión con factores salariales que no están taxativamente señalados en dicha normatividad.

Centra su argumento defensivo realizando un análisis al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que este régimen respeta los presupuestos de edad, tiempo de servicio cotizado y monto de la pensión, consagrados en el régimen anterior. Las demás condiciones para liquidación de la pensión, se regirán por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios como el 1158 de 1994, que contempla los factores salariales llamados a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación.

Agrega, que al causante se le respetaron el tiempo de servicios, la edad y monto establecidos. Para efectos de realizar la liquidación de la pensión de la cual es beneficiario, se tuvieron en cuenta los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994 y no los pretendidos en la demanda. De ahí que el acto administrativo proferido, considera la demandada, se encuentre ajustado a derecho, en la medida que la liquidación de la pensión insiste, se realizó con base en los factores salariales establecidos en el citado Decreto.

Hace referencia a las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en la que la Corte Constitucional plasma su criterio frente a la interpretación que debe dársele al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente lo relativo al ingreso base de liquidación de la pensión; providencia que le da la razón en cuanto a la decisión adoptada en el acto administrativo acusado.

Concluye que en el presente caso no se puede reliquidar la pensión de sobreviviente en los términos solicitados, en razón que la norma aplicable, taxativamente señala los factores salariales a tener en cuenta al liquidar la pensión, además que no es dable reconocer factores sobre los cuales no se han efectuado de manera íntegra las cotizaciones al sistema, de hacerlo implicaría incurrir en una transgresión de las normas, entre la ellas la Ley 797 de 2003 en su artículo 5 y el acto legislativo No. 01 de 2005.

Finalmente formula las excepciones de mérito: la inexistencia de la obligación demandada; cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el acto demandado y la de prescripción.

5.2. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (llamado en garantía): el Despacho no hará mención a la contestación de la demanda presentada por el respecto de ésta entidad, ya que en audiencia inicial celebrada en mayo 25 de 2018, se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el apoderado judicial de dicha entidad¹.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante

La parte demandante sustancialmente reitera los hechos y argumentos expuestos en el libelo de la demanda, por lo que no es necesario realizar un resumen de los mismos.

6.2. Parte demandada

Se ratifica en los hechos plasmados en la contestación de la demanda y solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

6.3. Agente del Ministerio Público:

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto sobre el particular.

7. CONSIDERACIONES

¹ Audiencia inicial visible a Folios 194- 198 cuaderno No. 1.

7.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

El Despacho se abstendrá de resolver preliminarmente las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, puesto que las mismas serán analizadas y resueltas dentro de las presentes consideraciones.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si procede el reajuste de la pensión de jubilación asignada a la demandante, tomando en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación constituido por todos los factores de salario devengados por el señor Edgar Vicente Rojas Myolo (q.e.p.d.) durante el último año de servicio y en consecuencia anular los actos acusados y restablecer a su favor los derechos afectados.

7.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i)** Analizar el contenido y alcance del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993;
- (ii)** Régimen pensional que se debe aplicar a la demandante;
- (iii)** Identificar los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación pensional en el caso concreto;
- (iv)** Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (v)** Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

7.3.1. CONTENIDO Y ALCANCE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

El Sistema de Seguridad Social en Colombia, establecido a través de la Ley 100 de 1993, en aras de garantizar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas respecto de normas anteriores, consagró en su artículo 36 un régimen de transición que a continuación se describe:

“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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 este 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.~~

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

Se colige de la anterior norma, que se benefician del régimen de transición allí previsto, quienes a la entrada vigencia del sistema general de pensiones (bien sea abril 1 de 1994 en términos generales o junio 30 de 1995 para empleados territoriales) hayan cumplido 35 años para las mujeres, 40 años en el caso de los hombres o 15 años o más de servicios cotizados, teniendo la posibilidad de acceder a la pensión con base en los requisitos de tiempo, edad y monto de la pensión establecidos en normas anteriores a la Ley 100 de 1993, contenidos, según el caso, en regímenes especiales o en la norma general pensional.

De cara a la interpretación del contenido y alcance de este régimen, se ha pronunciado ampliamente el Consejo de Estado, aclarando que cuando una persona se encuentra en régimen de transición, éste debe aplicársele en su totalidad, es decir, para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión (entendido en el monto la inclusión de la tasa de reemplazo y el IBL), y no de manera parcial, sólo para efectos del tiempo de servicios, la edad y la tasa de reemplazo, como al parecer lo han

venido haciendo algunas entidades encargadas de la liquidación de pensiones de empleados que se encuentran en tal condición.

Así, el Despacho se permite citar *in extenso* una de las posiciones más relevantes de la referida Corporación sobre el particular²:

“(…) 2.1 Contenido y Alcance del Régimen de Transición.

“El régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, constituye un mecanismo de protección establecido por el Legislador para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo no afecte desmesuradamente a quienes si bien no han consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa válida de obtenerlo conforme al régimen que les venía cobijando por estar próximos a su consumación.

“La previsión legal de un régimen de transición en el marco de un nuevo sistema pensional, implica para quienes a la entrada en vigencia del mismo reúnen los supuestos de hecho allí establecidos (edad o tiempo servido), el reconocimiento de su derecho pensional con fundamento en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, es decir, el mantenimiento de las condiciones bajo las que aspiraban a concretar su derecho pensional, pues ello hace razonable su configuración legal.

*“Debe precisar la Sala respecto al régimen de transición analizado que, por la naturaleza constitucional de los derechos que ampara y por la finalidad inmersa en su previsión legal, quienes configuraron a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los supuestos de hecho establecidos por el Legislador para acceder al mismo **gozan de un derecho oponible** pues al consolidar la situación jurídica prevista en la Ley se activa a su favor el dispositivo de amparo que ésta consagró y habilitó legítimamente para tal efecto, que corresponde a la protección del sistema pensional que les cobijaba con anterioridad al nuevo sistema.*

*“De lo anterior se infiere **el contenido jurídico vinculante de los sistemas de transición – particularmente el previsto en la Ley 100 de 1993- y la protección que asiste a las personas inmersas dentro de los mismos**, pues la transición se erige entonces como un derecho cierto y no como una simple expectativa modificable por el Legislador, derecho que implica para éstas la habilitación del ordenamiento que cobijaba su derecho pensional antes del cambio Legislativo, en aras de la consolidación y reconocimiento del mismo bajo las reglas allí contenidas en cuanto a la totalidad de elementos que lo componen, es decir, respecto de la edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional, entre otros.*

“No cabe duda alguna para concluir entonces, que todas aquellas personas cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social, por encontrarse dentro de los supuestos establecidos por el Legislador para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su pensión y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de ésta, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada al abrigo del ordenamiento anterior que por tal virtud se les ampara.

“Bajo ésta perspectiva se analizará el contenido del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

“El inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció:

“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 o más años de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince 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.

“De acuerdo con lo anterior, se encuentran cobijados por el régimen de transición en comento, los trabajadores que a la entrada en vigencia de la mencionada Ley (1° de abril de 1994 para empleados del

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de febrero de 2010, C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08).

orden nacional y 30 de junio 1995 para empleados territoriales de conformidad con el artículo 151 ibidem) contarán con 35 años de edad o más si son mujeres o con 40 años de edad o más si son hombres, o con 15 o más años de servicios cotizados, para quienes las condiciones de acceso al derecho pensional como la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, se regirán por la normatividad establecida en el régimen anterior al que se encontraran afiliados.

*“Para la Sala es claro –como se expuso en párrafos precedentes–, que **el alcance del régimen de transición respecto de estas personas es integral e implica que los diferentes elementos que definen el reconocimiento y pago del derecho pensional sean gobernados sin discriminación alguna por la normatividad anterior**, posición que ha constituido una constante en el tratamiento jurisprudencial del tema y que se adopta una vez más por la Sala, de manera pues que se descarta en principio o al menos en cuanto al contenido y alcance del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 una escisión en cuanto al manejo normativo y aplicación de los elementos que componen y determinan el derecho pensional de los beneficiarios de dicho régimen.*

“Ahora, si bien en la práctica, la Administración ha reducido el alcance del régimen de transición únicamente a la aplicación de la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendiendo éste último como el porcentaje de una suma promediada, lo cierto es que la expresión “monto” en criterio de la Sala comprende los diversos elementos que pueden involucrarse en el cálculo del quantum pensional, es decir, en la liquidación aritmética del derecho.

“En efecto, si el régimen de transición constituye para el empleado inmerso en su delimitación legal, el derecho al amparo de las condiciones de acceso al derecho pensional vigentes a su favor al momento de operar un cambio legislativo, lo que implica la regulación total de su pensión bajo las mismas, no puede desconocerse dicho beneficio y desmembrarse el derecho so pretexto de la interpretación de la terminología utilizada por el Legislador y menos aún en detrimento del quantum pensional a que aspiraba el empleado, lo que permite concluir que el derecho al régimen de transición comprende el beneficio normativo del régimen anterior respecto de la totalidad de aspectos con capacidad de afectar el derecho pensional del empleado (...)” (Subrayas fuera de texto).

Respecto al mismo tema y adoptando idéntica posición, la referida Corporación en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 manifestó³:

“(…) Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda⁴(...)”

De acuerdo con el criterio del Consejo de Estado, la liquidación de las pensiones de los servidores que gozan del régimen de transición, se realiza conforme al régimen pensional general o especial anterior que les fuere aplicable, reiterando que el mismo deberá ser empleado de forma íntegra.

Es importante tener en cuenta, que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad de aplicar a los servidores públicos que gozan del régimen de transición la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión con el régimen anterior a dicha Ley; por lo tanto, acogiendo el criterio interpretativo del Consejo de Estado, debe entenderse

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁴ Al respecto ver la sentencia del 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01 (4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

que el término **monto de la pensión**, comprende tanto el porcentaje o tasa de reemplazo como el ingreso base de liquidación contenidos en la disposición aplicable con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de febrero 25 de 2016⁵, consideró prudente pronunciarse sobre los alcances de las sentencias SU-230 de 2015 y C – 258 de 2013, proferidas por la Corte Constitucional y sobre los criterios llamados a aplicar al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa sobre el tema que nos ocupa, en la siguiente forma:

*(...) Ahora bien, uno de los argumentos que se consignaron en la sentencia C-258 de 2013 al declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, considerada como una legislación de privilegio con respecto a la generalidad de las pensiones de los colombianos, fue el relacionado con la aplicación “ultra activa de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y tasa de remplazo” señalándose respecto de ese régimen, que “el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia del artículo 36”. **La Sala considera que este argumento no se puede interpretar por fuera del contexto de la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional, ni se puede generalizar y por ende aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hacen parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni constituyen reconocimientos que conlleven afectación al principio de sostenibilidad financiera.***

“Aunado a lo anterior, y como ya se expuso en esta providencia, las interpretaciones del Consejo de Estado han sido uniformes desde hace 20 años respecto al concepto de “monto”, entendiendo que “monto” e “ingreso base de liquidación” conforman una unidad conceptual, por lo que no puede generarse una fusión de regímenes al escindir el monto del ingreso base de liquidación, determinándose el monto con la normatividad aplicable antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el ingreso base con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

*“De otro lado debe anotarse que la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 expuso en relación con el privilegio no justificado del régimen especial de los congresistas que: “...Para estas personas el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultra activa de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y tasa de remplazo. El ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia del artículo 36. Hecha esta aclaración, **la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de ingreso base de liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad...**” (Negrilla fuera del texto original).*

*“De la transcripción anterior, **se advierte por la Sala que la regla respecto a cómo se establece el ingreso base de liquidación de las pensiones reguladas por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, 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 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 (...)*” (Se resalta).

“(...) La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total de la Sentencia SU-230 de 2015, en la cual abordó

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 25 de febrero de 2016, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente: 25000234200020130154101; Referencia: 4683-2013.

el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de 2013. A continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional (...)

“En esta sentencia SU-230 de 2015, la Corte Constitucional señala que “existe una línea jurisprudencial consolidada de las salas de revisión de tutelas...cuya ratio decidendi precisa que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición”, y enumera un importante número de sentencias de tutela y de constitucionalidad de esa Corte donde se ha sostenido esa postura, que ha sido la misma que invariablemente ha sostenido el Consejo de Estado respecto de la liquidación de estas pensiones, es decir, donde se afirma que el “monto” equivale al porcentaje y al ingreso base, de modo que las pensiones del régimen de transición se liquidan con el promedio salarial correspondiente por regla general al último año de servicios.

“Señala la Corte Constitucional que, pese a lo anterior, debe fijar un nuevo criterio interpretativo, y trae como sustento del mismo que esa Corporación “en la sentencia C-258 de 2013 fijó el precedente que debe ser aplicado al caso que se estudia, en cuanto a la interpretación otorgada (sic) sobre el monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y por ende, a todos los beneficiarios de regímenes especiales”.

“En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

“Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público 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 a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013.**

“En efecto, la sentencia C-258 de 2013, proferida para definir la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4º de 1992, dispuso que en las pensiones cobijadas por el régimen pensional de Congresistas y asimilados a este, por tratarse de un régimen privilegiado, debían tener interpretaciones restrictivas y no amplias, en virtud del principio de sostenibilidad financiera establecido en la Constitución.

“Ahora, con la sentencia SU-230 de 2015 se generalizan los criterios de una sentencia cuya motivación se basó en argumentos de desigualdad frente a la generalidad de los afiliados a la seguridad social, y se señala por parte de la Corte Constitucional que la referida sentencia C-258 de 2013 constituye “precedente” para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del régimen de transición, siendo que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4º de 1992 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público (...)

“Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4º de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, “las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso”.

“(…) La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o

administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.

“3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

“4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

“5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicen exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

“En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad (...).” (Se resalta).

Sobre el punto materia de análisis, es menester citar lo dicho textualmente por la Honorable Corte Constitucional a través de sentencia SU – 230 de abril 29 de 2015, que al parecer contradice la posición asumida por el Consejo de Estado con respecto a la aplicación del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

“(...) el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo. Sin embargo, frente al ingreso base de liquidación (IBL) la Corte sostuvo que no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen (...).”

En criterio del Despacho, la posición del Consejo de Estado no contraría lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU – 230 de 2015, por cuanto dicha providencia tiene origen en demanda instaurada por un servidor público adscrito al Banco Popular que por regla general son trabajadores oficiales sometidos a un régimen de contrato de trabajo y no empleados públicos del orden nacional que tienen

definida su situación por vía legal o reglamentaria de manera específica, que se insiste su régimen aparece regulado por disposiciones expedidas con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993.

Tampoco se contraría lo dicho en la sentencia C – 258 de 2013, por cuanto el pronunciamiento iba dirigido a los congresistas y empleados del Congreso y si bien se consideró que la Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición y creó un régimen unificado de seguridad social, protegió las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, para cuyos efectos el legislador estableció un régimen de transición, al punto que textualmente dice la sentencia:

“(...) a los Congresistas, el Decreto 1293 de 1994 ordenó la incorporación de todos los funcionarios del Congreso, incluidos los Senadores y Representantes al Sistema General de Pensiones, dejando a salvo sólo los cobijados por el régimen de transición.

“En este orden de ideas, la Corporación ha definido el régimen de transición como “un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo (...)”

Así las cosas, teniendo en cuenta la providencia de unificación transcrita proferida por el Consejo de Estado, para este Juzgado no existe duda de que debe seguirse aplicando la posición inescindible que ampara el régimen de transición y que sobre el particular ha trazado el Consejo de Estado a lo largo del tiempo, en materia de pensiones, en particular para el caso que nos ocupa, de quienes en su momento se desempeñaron como empleados públicos, hayan cumplido 35 años para las mujeres, 40 años en el caso de los hombres o cuenten con 15 años o más de servicios cotizados, amén de ser la norma de transición que se acompasa con los principios de igualdad, favorabilidad y progresividad laborales, amparados constitucionalmente.

Después de analizarse lo anterior, corresponde al Despacho determinar cuál es el régimen pensional aplicable al demandante.

7.3.3. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS BENEFICIARIOS DE LA TRANSICIÓN PREVISTA EN LA LEY 100 DE 1993

El régimen pensional general de los empleados públicos que antecedió a la Ley 100 de 1993, era el establecido en la Ley 33 de 1985, en cuyo artículo 1° se establece:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

“No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.”

“En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

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

“Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro (...).” (Se resalta).

Esta disposición contiene un régimen de transición o de excepciones para los empleados oficiales (concepto que incluye trabajadores oficiales y empleados públicos) que se encuentren en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente.
2. Los que por Ley disfrutaban de un régimen especial de pensiones.
3. Que a la entrada en vigencia de la misma, hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio. Evento en el cual se les continúa aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.
4. Que a la fecha de la vigencia de la Ley en comento, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores (50 años de edad mujeres, 55 hombres y 20 años de labor continua o discontinua).

7.3.3.1. Sobre el régimen aplicable al demandante:

Ahora bien, el régimen pensional de los empleados territoriales que precedió al establecido en la Ley 33 de 1985, fue el señalado en la Ley 6ª de 1945 y las normas que la modificaron. A este respecto, el Consejo de Estado señaló⁶:

*“(…)Hasta antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados territoriales se regía por la ley 6ª de 1945, siendo aplicable esta ley y las normas que la modificaron antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, como lo ha precisado esta Sección.”*⁷

A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada en vigencia y no señaló nada en cuanto a la liquidación, **considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior**, porque resulta más favorable al actor. De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”. (...).

Igualmente, el Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad. Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04 se sostuvo:

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

Se colige entonces, que aunque el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, sólo hace referencia a la conservación del requisito de edad señalado en la norma que regía con anterioridad a su vigencia, en virtud del principio constitucional de favorabilidad y de inescindibilidad de la ley, se debe aplicar en su integralidad el régimen anterior, esto es, la Ley 6ª de 1945 en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional, pues de no ser así se fraccionaría la transición.

De otro lado, una vez definida la norma a aplicar para realizar la respectiva liquidación de la Pensión del actor, de conformidad con el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 (según se indicará más adelante), resulta necesario además determinar cuáles son los factores salariales que se deben tener en cuenta a efectos de establecer el monto pensional a que tiene derecho.

⁶ Sentencia de 7 de octubre de 2010, consejo ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07).

⁷ Ver expedientes Nos. 1817/99, 1381/98

7.3.4. FACTORES QUE HACEN PARTE DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL – LEY 6ª DE 1945

Es menester dilucidar, cuáles son los factores salariales que se deben tener en cuenta a efectos de determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión jubilación conforme al régimen consagrado en la Ley 6ª de 1945. Por consiguiente, es pertinente remitirnos a las consideraciones que sobre este tema consignó el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada⁸:

“(…) En cuanto al monto de la pensión, la ley 6ª no previó factores a tener en cuenta para el reconocimiento de las pensiones y por tal razón el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 dispuso:

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

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, con claridad señaló los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de la siguiente forma:

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

- a. La asignación básica mensual;*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. Los dominicales y feriados;*
- d. Las horas extras;*
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f. La prima de Navidad;*
- g. La bonificación por servicios prestados;*
- h. La prima de servicios;*
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k. La prima de vacaciones;*
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”.*

En ese orden de ideas, la pensión consagrada en la Ley 6ª de 1945 se reconoce sobre los factores señaladas en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y en la Ley 4 de 1966 y por lo tanto su pensión debía ser liquidada con el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y conforme a los factores citados anteriormente.

Se debe precisar que el Decreto 1045 de 1978, establece unos factores salariales para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, lo cual no puede tomarse como una relación taxativa de factores, sino que es una enunciación que no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador.

Para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, como son la asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, prima de servicios, entre otros, más los que reciba el trabajador, que aunque no se encuentren señalados taxativamente, sean cancelados de manera habitual como retribución de sus servicios y no las sumas que se pagan ocasionalmente que cubren riesgos o

⁸ Sentencia de 7 de octubre de 2010, consejo ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07).

infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado, naturaleza propia de las prestaciones sociales.

No sobra precisar que existen algunas prestaciones sociales (prima de navidad y de vacaciones), que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones, pero por disposición expresa de la misma ley como lo consagra expresamente el Decreto 1045 de 1978.” (Se resalta).

Del anterior precedente jurisprudencial, se concluye que la pensión establecida en la Ley 6ª de 1945 se liquida conforme a los factores determinados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y en la Ley 4 de 1966 y en un monto del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No obstante, la Alta Corporación ha reiterado que tales factores, no deben entenderse en forma taxativa, sino que los mismos están plasmados a título enunciativo, y que en tal sentido, no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, aun cuando éstos no estén contenidos en el Decreto 1045 de 1978; incluso, algunas prestaciones sociales como la prima de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones, por expresa disposición del aludido Decreto⁹.

7.3.4. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

7.3.4.1. Se allegó la Resolución No. 030168 de diciembre 16 de 1998¹⁰, a través de la cual el Subdirector General de Prestaciones Económicas de CAJANAL EICE, reconoció y ordenó pagar en favor del señor Edgar Vicente Rojas Mayolo (q.e.p.d.) pensión vitalicia de vejez, efectiva a partir de noviembre 01 de 1997, dejándola condicionada hasta que se acreditara el retiro definitivo del servicio, teniendo en cuenta los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto fijados en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, la liquidación de la pensión se efectuó con el 75% del salario promedio devengado en los últimos 12 meses, incluyendo como factor salarial únicamente la asignación básica, aplicando las disposiciones establecidas en las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, el Decreto 1158 de 1994; pago que fue condicionado a la acreditación del retiro del servicio.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, subsección A, sentencia del 7 de octubre de 2010, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07).

¹⁰ visible a folios 3-5 cuaderno No. 1.

7.3.4.2. A través la Resolución No. 010615 de mayo 04 de 2001¹¹, la misma entidad reliquidó nuevamente la pensión de vejez del señor Rojas Mayolo. En esta oportunidad se incluyó como factores salariales la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, dándose efectividad a partir de diciembre 24 de 1999, valga decir, se liquidó bajo los mismos términos dispuestos con anterioridad pero teniendo en cuenta la fecha efectiva de retiro de éste.

7.3.4.3. Que a través de las Resoluciones No. 18270 de abril 24 de 2006 y No. 32956 de julio 12 de 2006¹² a la señora Yolanda Sánchez de Rojas se le reconoció una pensión de sobreviviente, como consecuencia del fallecimiento del señor Edgar Vicente Rojas Mayolo, lo cual se ocasionó en septiembre 18 de 2005.

7.3.4.4. Mediante derecho de petición radicado ante la entidad demandada en mayo 08 de 2015¹³, la parte actora solicitó la reliquidación de la pensión en los mismos términos que aquí se demanda, ante lo cual la entidad expidió Resolución No. RDP 028525 de julio 13 de 2015¹⁴ negando tal solicitud. Frente al anterior acto administrativo se presentó recurso de apelación que fue resuelto a través de Resolución RDP 042236 de octubre 14 de 2015¹⁵, confirmando en todas sus partes el acto impugnado.

7.3.4.5. Por medio de Resolución No. 000455 de diciembre 10 de 1999¹⁶, el Director General del Instituto Nacional de medicina Legal y Ciencias Forenses, aceptó la renuncia presentada por el señor Edgar Vicente Rojas Mayolo, al cargo de Profesional Universitario Forense, Grado 15, a partir de diciembre 23 de 1999.

7.3.4.6. Se allegó certificación expedida por el Pagador o Tesorero del Instituto Nacional de medicina Legal y Ciencias Forenses, en la que se indica que el señor Edgar Vicente Rojas Mayolo laboró en dicha entidad, devengando durante el periodo de diciembre 23 de 1998 a diciembre 23 de 1999 los siguientes factores salariales: asignación básica, además bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por recreación; igualmente se informa que siempre realizó sus aportes en pensiones ante CAJANAL¹⁷.

¹¹ visible a folios 6-8 cuaderno No. 1.

¹² visibles a folios 9-13 cuaderno No. 1.

¹³ visible a folios 30-33 cuaderno No. 1.

¹⁴ visible a folios 15-19 cuaderno No. 1.

¹⁵ visible a folios 21-25 cuaderno No. 1.

¹⁶ visible a folio 27 cuaderno No. 1.

¹⁷ visible a folio 28 y vuelto cuaderno No. 1.

7.3.4.7. En medio magnético se allegaron los antecedente administrativos de la parte demandante, que entre otras contiene la cédula de ciudadanía del señor Edgar Vicente Rojas Mayolo, en la refiere que éste nació en mayo 12 de 1932¹⁸.

8. EL CASO CONCRETO:

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, tenemos que, según cedula de ciudadanía, el señor Edgar Vicente Rojas Mayolo (q.e.p.d.) nació mayo 12 de 1932, lo cual significa que al 1 de abril de 1994 -fecha en que entró a regir el Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel nacional, desarrollado en la Ley 100 de 1993 -, tenía 61 años edad. Por lo tanto, cumple el requisito de edad para ser beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 ibídem, que para el caso de los hombres, es el de acreditar cuarenta (40) años o más a la entrada en vigencia del Sistema. Incluso cumple el requisito de contar con quince (15) años o más de servicio cotizado, tal como a continuación pasa a explicarse.

En efecto, en la Resolución No. 010615 de mayo 04 de 2001, a través de la cual CAJANAL EICE, reliquidó la pensión de jubilación del señor Edgar Vicente Rojas Mayolo (q.e.p.d.), refiere que éste trabajó en las siguientes entidades: Hospital Eduardo Santos de Ismina, desde diciembre 01 de 1964 a diciembre 30 de 1977, Departamento del Valle del Cauca desde febrero 02 de 1981 a febrero 25 de 1993 y en el Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias Forenses desde febrero 26 de 1993 a diciembre 23 de 1999, de lo que se infiere que al 1 de abril de 1994, fecha en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, el actor contaba con más de veintiséis (26) años de servicio cotizado como servidor público y al 13 de febrero de 1985, cuando entró en vigencia la Ley 33 de 1985, tenía acreditados más de diecisiete (17) años de servicio como empleado oficial (hoy servidor público). Luego entonces, también lo cobija el régimen de transición consagrado en el artículo 1º de la prementada Ley, es decir, que se le aplica el régimen pensional determinado en la Ley 6ª de 1945 y las normas que la adicionaron o modificaron, que, como ya se dijo, deben aplicarse en su integridad.

En ese orden de ideas, y acorde con el precedente jurisprudencial referido párrafos arriba, la entidad demanda debió liquidar su pensión con el setenta y cinco por ciento (75%) de todos los factores devengados durante el último año de servicios, corrido de diciembre 23 de 1998 a diciembre 23 de 1999¹⁹, esto es, asignación básica,

¹⁸ visible a folio 189 A cuaderno No. 1.

¹⁹ Teniendo en cuenta la fecha de aceptación de la renuncia del demandante.

bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones²⁰.

Como se plasmó en el acápite de “**HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS**” de esta sentencia, CAJANAL EICE por Resolución No. 030168 de diciembre 16 de 1998, reconoció y ordenó pagar en favor del señor Edgar Vicente Rojas Mayolo (q.e.p.d.) pensión vitalicia de vejez, liquidándola sobre el 75% del promedio del salario devengado en los últimos 12 meses, incluyendo como factor únicamente la asignación básica²¹. Luego, mediante Resolución No. 010615 de mayo 04 de 2001, la misma entidad reliquidó esta prestación, bajo los mismos parámetros incluyendo como factores salariales la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, teniendo en cuenta como fecha efectiva a partir de diciembre 24 de 1999²².

De lo antes reseñado se advierte que la entidad demandada se equivocó en la liquidación de la pensión al no incluir todos los factores constitutivos de salario percibidos por el señor Rojas Mayolo durante el último año de prestación de servicios, pues, sólo tuvo en cuenta la asignación básica y bonificación por servicios prestados en el periodo comprendido entre los 12 meses anteriores a la fecha de retiro del servicio, **dejando de lado los factores de prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones**, que aparecen relacionadas en la certificación vista a folio 28 y vuelto del cuaderno 1.

Ahora, las vacaciones y la bonificación por recreación²³ devengados por el señor Rojas Mayolo no constituyen factor salarial y por ello no pueden incluirse en la correspondiente liquidación pensional; lo anterior por cuanto no representaban un pago como contraprestación directa al servicio laboral prestado por dicho señor en favor del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Por lo tanto, de lo razonado deviene lógico concluir que el ente demandado interpretó y aplicó en forma incorrecta la normativa que rige el régimen de transición que cobija a la parte demandante. En consecuencia, es menester declarar la nulidad de las **Resoluciones No. RDP 028525 de julio 13 de 2015 (f. 15 a 19 C. 1) y No. RDP 042236 de octubre 14 de 2015, (f. 21 a 25 ib.),** expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -

²⁰ Tomados de la certificación de sueldos y demás factores salariales obrante a folio 28 y vuelto cuaderno No. 1.

²¹ visible a folios 3-5 cuaderno No. 1.

²² visible a folios 6-8 cuaderno No. 1.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, sentencia del 04 de agosto de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

UGPP, actos a través de los cuales se negó una solicitud de reliquidación pensional y se resolvió un recurso de apelación sobre el mismo tema de forma negativa.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que reliquide la pensión de vejez del señor Edgar Vicente Rojas Mayolo (q.e.p.d.), la cual hoy es beneficiaria la señora Yolanda Sánchez de Rojas, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio, teniendo en cuenta para el efecto la certificación obrante a folio 28 y vuelto del cuaderno N° 1 de este expediente y por ello, la inclusión de los siguientes factores: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

De otro lado, es importante mencionar que la entidad demandada podrá realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, pues así lo ha indicado el Consejo de Estado, al explicar que:

“(...) la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional (...)”²⁴.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor de la actora, los valores serán ajustados en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente ® se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social dejada de percibir por la actora, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago de la obligación).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación (v. gr. Mesada pensional o su diferencia), teniendo en

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. Rad. 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.”

cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses, si los hubiere, serán reconocidos en la forma señalada en el inciso 3º del artículo 192 y el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

9. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Con relación a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, se tiene que el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, prevé que las acciones derivadas de los derechos consagrados en el mismo prescriben en tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por lapso igual con el simple reclamo escrito que haga el empleado o trabajador del derecho respectivo. Esta disposición fue reiterada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. El consejo de Estado se refirió frente a las normas en comento en los siguientes términos:²⁵

“(…) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968²⁶ y 102 del Decreto 1848 de 1969²⁷ que disponen: “Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible (...)”.

“Contempla el mismo artículo que el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

“Retomando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerequisite de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad (...)”

Surge de lo anterior que las prestaciones laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales prescriben en el término de tres años, y que cuando el trabajador o empleado formula petición reclamando el derecho respectivo ese término se interrumpe por un lapso igual. Precisa el Consejo de Estado que la prescripción debe

²⁵ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda –Sala de Conjueces, Sentencia de Unificación de 18 de mayo de 2016, Exp. Rad. 25000-23-25-000-2010-00246-02 (0845-15), C.P: JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA (Conjuez).

²⁶ Artículo 41, Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual”.

²⁷ Artículo 102, Decreto 1848 de 1969: “1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

contabilizarse a partir del momento en que el derecho reclamado verdaderamente se haga exigible.

Bajo las anteriores consideraciones, se observa que en el caso concreto el derecho pensional de reconocida al señor Rojas Mayolo se hizo exigible desde diciembre 24 de 1999, de suerte que, aplicando la prescripción trienal indicada en las normas transcritas, se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad a mayo 07 de 2015, teniendo en cuenta que la petición a la entidad fue radicada en mayo 08 de 2012²⁸.

10. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.²⁹, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

Así las cosas, el señalado artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación³⁰:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)”** (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

²⁸ Según folios 30-32 del cuaderno1.

²⁹ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR infundadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada, excepto la de prescripción que prospera parcialmente, según se dispondrá en el numeral correspondiente.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las **Resoluciones No. RDP 028525 de julio 13 de 2015 (f. 15 a 19 C. 1) y No. RDP 042236 de octubre 14 de 2015, (f. 21 a 25 ib.),** expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, actos a través de los cuales se negó una solicitud de reliquidación pensional y se resolvió un recurso de apelación sobre el mismo tema de forma negativa

TERCERO: En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, que reliquide la pensión de vejez del señor Edgar Vicente Rojas Mayolo (q.e.p.d.), la cual hoy es beneficiaria la señora Yolanda Sánchez de Rojas, a partir de diciembre 24 de 1999, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicio, teniendo en cuenta para el efecto la certificación obrante a folio 28 y vuelto del cuaderno N° 1 de este expediente y por ello, la inclusión de los siguientes factores: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, según se indicó.

CUARTO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a pagar al demandante, las diferencias pensionales dejadas de percibir que resulten entre lo que pagó como consecuencia del reconocimiento pensional realizado de forma errada y lo que debió pagar tras realizar la respectiva reliquidación de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Dichas sumas se ajustarán dando aplicación a la fórmula antes indicada hasta la ejecutoria de la sentencia y devengarán intereses moratorios a partir de dicho momento, siguiendo las indicaciones del artículo 192 y 195 ibídem; tal como se expuso con anterioridad.

QUINTO: DECLARAR prescritas las **diferencias causadas** con anterioridad al mayo 07 de 2012, según se expuso.

SÉPTIMO: De acuerdo con lo ordenado en los numerales que anteceden, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP está facultada para efectuar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales el actor no haya efectuado la cotización correspondiente.

OCTAVO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda según lo expuesto precedentemente.

DÉCIMO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

DÉCIMO PRIMERO: En firme la presente sentencia, comunicar a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO SEGUNDO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta

sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez