



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, Diecisiete (17) de Noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Referencia	:	150013333015-201500044-00
MEDIO DE CONTROL	:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTES	:	MYRIAM RUIZ SILVA
DEMANDADO	:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1-De la demanda

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la señora Myriam Ruiz Silva, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad parcial de la resolución GNR 360536 del 18 de diciembre del año 2013, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor de la señora Myriam Ruiz Silva. Así mismo, la resolución GNR 347688 por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la resolución GNR 360536 del 18 de diciembre de 2013 y finalmente, de la resolución VPB 43395 del 14 de mayo 2015, por la cual se resuelve un recurso de apelación y se modifica la resolución GNR 360536.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicita que se ordene la reliquidación y pago de la pensión de jubilación de la actora, incluyendo todos los factores que constituyen salario devengados durante el último año de servicios en la suma de \$1.148.423.

Finalmente, solicita que se paguen las sumas dejadas de cancelar desde el 01 de marzo del año 2014 debidamente indexadas y con ajuste de acuerdo al IPC; y que se ordene dar cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en el CPACA.

2-Normas Violadas y Concepto de Violación.

El apoderado de la parte actora señala como vulnerados los artículos 2, 6, 13, 25 y 58 del Código Civil, artículo 10 de la ley 57 de 1887, artículo 5 de la ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966, leyes 33 y 62 de 1985 y artículo 10 de la ley 1437 de 2011. De igual manera, considero vulnerado el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, indicando en el concepto de violación que no comprende los motivos por los cuales la accionada reconoce y reliquida a unos trabajadores la pensión de jubilación con todos los factores y a otros no.

Aduce, que la accionante al cumplir uno de los dos requisitos del artículo 36 de la ley 100 de 1993 tiene derecho a que se liquide la pensión de jubilación con todos los factores devengados en el último año por el principio de favorabilidad e inescindibilidad de la norma constitucional.

Expreso, que el mismo Consejo de Estado ha determinado que las pensiones deben ser liquidadas con base a todo lo que el trabajador recibe en forma habitual o periódica, porque todo lo que recibe constituye salario, de conformidad con lo señalado en la sentencia del 04 de agosto de 2010 del Consejero Ponente Victor Hernando Alvarado Ardila.

3-De la contestación

Dentro del término legal establecido para el efecto, la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicando que la pensión de vejez reconocida fue otorgada conforme a derecho.

Argumento, que para la liquidación de la pensión de la accionante se debe acudir a la forma prevista en la misma Ley 100 de 1993 y al Decreto 1158 de 1994, ya que si bien el inciso 2º del artículo 36 establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición, el monto de la pensión debe

determinarse según lo previsto en las normas dictadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, en el inciso tercero se hacen provisiones en torno al ingreso base de la liquidación.

Indicó, que se tuvieron en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, norma que se encontraba vigente al momento de otorgarse la prestación y que determina los factores salariales para los servidores públicos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por ello, no es posible tener en cuenta todos los factores que solicita el demandante.

Explico, que jurídicamente no es posible acceder a la reliquidación con el promedio de lo devengado en el último año, ya que con fundamento en jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias C- 258 de 2013 y SU 230 de 2015), la forma de realizar el cálculo de las pensiones del régimen de transición es en aplicación y observancia de las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 de la ley 100 de 1993, sin que sea posible reconocer la prestación en aplicación plena de las condiciones establecidas en el artículo 1 de la ley 33 de 1985.

Propuso las siguientes excepciones de mérito:

Inexistencia del derecho y la obligación

Adujo, que se encuentra probada debido a que la prestación reliquidada y reconocida mediante las resoluciones GNR 360536 del 18 de diciembre de 2013, GNR 347688 del 03 de octubre de 2014 y VPB 43395 del 14 de mayo de 2015, se encuentran ajustada a derecho, pues para efectos de realizar la liquidación se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 21 y 36 de la ley 100 de 1993, y además, se realizó conforme al Decreto 1158 de 1994.

Improcedencia de intereses moratorios e indexación

Menciono, que los mismos son procedentes únicamente cuando no se cumple con el pago de las mesadas pensionales, circunstancia que no se observa en el

presente asunto ya que en ningún momento la entidad accionada se ha sustraído en el pago de la mesada pensional.

Cobro de lo no debido

Señalo, que no es posible realizar una reliquidación con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, ni con factores salariales diferentes a los contenidos en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, adicionalmente en la actualidad se encuentra vigente la sentencia SU – 230 de 2015 y C- 258 de 2013, las cuales establecen que los únicos aspectos susceptibles de transición fueron los atinentes a edad, semanas de cotización y monto, por lo que en lo respectivo a los factores salariales se aplicarían los establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Buena fe de Colpensiones

Expreso, que todas y cada una de las resoluciones se circunscriben al principio de buena fe exenta de culpa y al principio de legalidad, reconociendo la prestación con los factores salariales efectivamente reportados por el empleador y con la información contenida dentro de la historia laboral, actuando bajo el principio de buena fe.

Compensación

Indico, que se configura como causal de extinción de las obligaciones o en su defecto declarar procedente la deducción de los pagos ya efectuados toda vez que la entidad demandada reconoció y reliquido la pensión de vejez de la aquí demandante en los términos que indican la resolución GNR 360536 del 18 de diciembre de 2013, GNR 347688 del 03 de octubre de 2014 y VPB 43395 del 14 de mayo de 2015.

Innominada o genérica

Solicito, declarar probadas las demás excepciones que resulten dentro del proceso.

De los alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (fl.201-203), las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

El apoderado de la parte demandada, reitero los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, indicando que la reliquidación es improcedente por falta de sustento legal y factico, pues a la fecha se encuentra vigente la jurisprudencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013, debiéndose aplicar los artículos 21 y 36 de la ley 100 de 1993 para determinar el ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, y respecto a los factores salariales, tenerse en cuenta los establecidos en el decreto 1158 de 1994.

Finalmente, transcribe apartes de la sentencia SU 427 del 11 de agosto de 2016 concluyendo que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de la prestación pensional con los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante reitero los argumentos expuestos en la demanda, indicando que la accionante tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación con todos los factores salariales de asignación básica, encargo provisional, bonificación por servicios prestados, prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, devengados en el último año de servicios.

Por su parte, el Agente del **Ministerio Público** no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial del 19 de julio de 2016 (fl.129), corresponde al Despacho determinar, si la demandante **MYRIAM RUIZ SILVA**, tiene derecho a la reliquidación de su derecho pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, o si por el contrario, como lo afirma la entidad demandada, dichos factores no deben ser incluidos en las bases pensionales en tanto los actos administrativos demandados se suscribieron con observancia del decreto 1158 de 1994, el IBC reportado por el empleador y en teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 de la ley 100 de 1993?

2-Hechos probados, los cuales se extraen de la documental obrante en el expediente.

- 1.- Que la accionante Myriam Ruiz Silva nació el 13 de febrero de 1956 (fl.15)
- 2.- Que mediante resolución No. GNR 360536 de 18 de diciembre de 2013 se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a la accionante en cuantía de \$734.133 (fl.17-20).
- 3.- Que mediante resolución No. GNR 347688 del 03 de octubre de 2014 se resolvió un recurso de reposición contra la resolución GNR 360536 de 18 de diciembre de 2013 (fl.22-26).
- 4.- Que mediante resolución No. VPB 43395 del 14 de mayo de 2015, se resolvió un recurso de apelación y se modificó la resolución No. GNR 360536 de 18 de diciembre de 2013 (fls.28-31).
- 5.- Constancia expedida por el Subdirector Administrativo y Financiero del Establecimiento Público Colegio de Boyacá relacionando la información laboral de la accionante (fls.32-34).

6.- Certificación de información laboral, salario base de la demandante, de salario mes a mes (fls.35-42).

7.- Se encuentra acreditado el recurso de reposición y apelación interpuesto contra la resolución GNR 360536 del 18 de diciembre del año 2013, radicado el 23 de enero de 2014 (43-57).

8.- Complementación del recurso de reposición con el fin de resolver el de apelación contra la Resolución GNR 360536 de fecha 18 de diciembre de 2013, radicado el 20 de octubre de 2014 (fls.58-66).

9.- Constancia de fecha 21 de septiembre de 2015, expedida por la Procuraduría 177 Judicial I para asuntos administrativos de Tunja (fls.67).

Ahora bien, para resolver dicho problema jurídico se tendrá en cuenta los siguientes aspectos: I. Del Régimen De Transición Creado Por La Ley 100 De 1993 Y Los Principios De Inescindibilidad Normativa Y Favorabilidad 2. De Los factores de liquidación. 3. Caso Concreto.

1. Del régimen de transición creado por la ley 100 de 1993 y los principios de inescindibilidad normativa y favorabilidad

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 surgió el Sistema Integral de Seguridad Social, disponiendo en el sistema de pensiones, la creación de un régimen de transición para proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran cercanos a cumplir los requisitos para acceder a ésta prestación y se encontraran circunscritos a un régimen anterior más favorable.

Esta regulación se encuentra contenida en el artículo 36 de la precitada norma, el cual estipula:

“(...) 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.

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 hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...) (Subraya fuera del texto original)

De acuerdo con lo anterior, *prima facie*, tanto los requisitos como los beneficios de la transición normativa son:

- Requisitos:
 - *Edad*: 35 años para mujeres y 40 años para hombres, o
 - *Tiempo de servicio*: 15 o más años de servicios cotizados
 - *Límite temporal*: Los requisitos de edad o tiempo de servicios deben encontrarse configurados al momento de entrada en vigencia de la ley, esto es, el 26 de diciembre de 1993.

- Beneficios -remisión al régimen anterior en los siguientes aspectos-:
 - Edad

- Tiempo de servicios o semanas cotizadas
- Monto de la prestación

En este sentido, de conformidad con la norma, el marco temporal para la liquidación del monto de la pensión no es objeto de remisión al régimen anterior; no obstante, es evidente que aquello desnatura y fragmenta su aplicación, vulnerando así el principio de inescindibilidad normativa¹. Así lo ha entendido el Consejo de Estado, que al momento de unificar la jurisprudencia en este aspecto, precisó:

“(…)el contenido real del régimen de transición se encuentra expresado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues allí se describe con suficiencia la naturaleza misma de dicho beneficio.

Sin embargo, luego de la prescripción del régimen de transición, el Legislador dispuso en el inciso 3° del artículo en mención, que:

(…)

*Lo dispuesto en el aparte transcrito, en criterio de la Sala **desnaturaliza la esencia y finalidad del régimen de transición** previsto en el inciso 2° ibídem, al consagrar una liquidación y cálculo del Ingreso Base de Liquidación por fuera del régimen que ampara en cada caso el sistema de transición, lo que en muchos casos milita en detrimento del derecho pensional de sus beneficiarios concretamente en cuanto al monto pensional. (…)”²(Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Ahora bien, reconocida la incongruencia legislativa, en la misma sentencia el máximo tribunal de esta jurisdicción estableció los parámetros para la

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Fallo de 23 de febrero de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-01307-01(0386-10). Consejero ponente: Alfonso Vargas Kincón. “(…) En el asunto en estudio, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo derogado en el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión a la fecha en que entró en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones para los entes nacionales, se afectó el monto de la pensión del actor y de paso se **desnaturalizó el régimen**. Además, para la Sala no resulta admisible la aplicación fraccionada que la entidad demandada le dio al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al definir la situación pensional del demandante, pues al aplicarle su inciso tercero, incurrió en **violación del principio de ‘Inescindibilidad de la ley’ que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica**, como bien lo advirtió esta Corporación al desentrañar el alcance que le dio la Corte Constitucional a la citada norma en la sentencia C-168 de 1995, al decidir sobre su constitucionalidad (…)”(Subraya y negrilla fuera del texto original)

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Fallo del 18 de febrero de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04269-01(1020-08). Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

aplicación de los elementos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 sin contrariarlo, usando la hermenéutica jurídica:

“(...) Así, la liquidación del derecho pensional de los empleados cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto admite tres eventos:

1) La aplicación integral de la normatividad anterior en todos los aspectos que conforman el derecho pensional, que como se mencionó al principio corresponde a la esencia misma del sistema de transición.

*2) La aplicación del régimen anterior salvo en el cálculo del **Ingreso Base de Liquidación**, el cual se establecería por favorabilidad de conformidad con la primera regla del inciso 3° ibídem, esto es, **con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100**, cuando éste fuere inferior a 10 años; y*

*3) La aplicación del régimen anterior estableciendo el **ingreso base de liquidación** de conformidad con la segunda regla contenida en el inciso 3° en mención, es decir, **con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo**, cuando el que faltare para acceder a la pensión fuera superior a 10 años.*

*Al respecto debe entenderse que **por ser de la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto opera de pleno derecho para quienes se encuentran inmersos en el mismo y consolidan su status pensional**, así para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, incumbe*

*en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados **la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho**, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso 3º en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión. (...)³”(Subraya y negrilla del texto original)*

En este orden de ideas, la sana interpretación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no es la exegética, implica que el primer evento citado, es decir, la aplicación íntegra del régimen anterior, opera de pleno derecho, mientras que la liquidación del monto de la pensión teniendo como base lo cotizado en todo tiempo o durante los últimos diez años de servicio es excepcional y únicamente procedente en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral.

Antes de la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985 fijaba el régimen pensional de los empleados oficiales que no estuvieran cobijados por un régimen especial, delimitando los requisitos para el reconocimiento del estatus pensional en su artículo 1º de la manera que sigue:

“(...)El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) 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. (...)”

De la disposición en cita, se evidencian dos elementos que debía reunir el empleado público para acceder al reconocimiento de su pensión de jubilación, a saber: (i) el tiempo servicios, equivalente a 20 años continuos o discontinuos; y (ii) la edad, establecida en 55 años para hombres y mujeres.

³ *Ibidem.*

Reconocido el derecho, la base de liquidación de la prestación consistía en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, enlistando en su artículo 3º, modificado por la Ley 62 del mismo año, los factores susceptibles de integrar el ingreso base de cotización⁴.

No obstante, al unificar la jurisprudencia acerca de los factores salariales a tener en cuenta en el ingreso base de cotización y de liquidación de la pensión para el caso de los beneficiarios del régimen de transición, el Consejo de Estado, después de un análisis de la referida prestación, de los principios de progresividad, favorabilidad en materia laboral y la sostenibilidad de las finanzas públicas, además del concepto de factor salarial y sus características, aclaró que la mencionada lista de factores no es taxativa sino meramente enunciativa, y que, por tanto, esa relación no impide la inclusión de otros conceptos considerados como salario percibidos por el trabajador durante el último año de servicios.

Así lo manifestó el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

*“(...) Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual **las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse. (...)**”*(Negrilla fuera del texto original)

Es así, como la Corte en la sentencia C-258-13, Actor: Germán Calderón España y otros, refirió sobre el IBL lo siguiente:

⁴ Ley 62 de 1985, artículo 1º: “(...) 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. (...)”

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Fallo del 4 de agosto de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Consejero ponente: Víctor Fernando Alvarado Artila.

“...Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han venido defendiendo la tesis de la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente a la determinación del IBL. Sobre el particular, han considerado que en el momento de la determinación del IBL deben aplicarse las normas especiales de cada régimen especial, y sólo en forma supletiva se aplica el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de lo devengado en los diez últimos años de servicio. Lo anterior se fundamenta en las siguientes razones:

Se ha señalado que el régimen de transición, como excepción a las reglas generales del sistema de pensiones, tiene como fundamento, de un lado, la protección de las expectativas y la confianza legítima a partir del principio de buena fe, y de otro, la garantía de los derechos adquiridos en el tránsito de una legislación a otra.

También se ha sostenido que el principio de favorabilidad en materia laboral reconocido en el artículo 53 de la Carta, impone el deber al juez constitucional de elegir la interpretación de un precepto –de orden legal o constitucional– más favorable para los intereses del trabajador, en este caso, pensionado. En este orden, la interpretación más favorable del artículo 36 de la Ley 100 es aquella según la cual se deben aplicar todas las reglas de los regímenes especiales a los beneficiarios del régimen de transición.

Por otra parte, la Corporación ha sostenido que las disposiciones que regulan los regímenes pensionales, específicamente las reglas sobre edad, tiempo, tasa de reemplazo, IBL, topes y factores salariales, forman una unidad inescindible y, por tanto, deben aplicarse en su totalidad a los beneficiarios del régimen. En este orden de

ideas, se ha precisado que la Administración sólo puede aplicar las reglas generales de Ley 100, especialmente en materia de IBL, topes y factores salariales, cuando expresamente el régimen pensional anterior no haya establecido alguno de ellos”.

Sobre los alcances de la sentencia C-258 de 2013, SU-230 y SU 427 de 2016, proferidas por la Corte Constitucional

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación proferida el 12 de septiembre de 2014, en el expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014), precisó que el objeto de la Sentencia **C-258 de 2013** se encuentra restringido “...sólo a las pensiones congresionales con origen en la Ley 4ª de 1992 -artículo 17- y por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el Decreto 104 de 1994 - artículo 28, sin que se pueda entender allí incluidos los Magistrados que se encuentran cobijados por el régimen de transición previsto para la Rama Judicial, por cuanto la Corte en forma expresa señaló que no abordaría la constitucionalidad de éste y otros regímenes...”

Por ello, en concordancia con lo expresado en la sentencia C-258 de 2013, ésta solo tiene efecto vinculante para quienes configuran su derecho pensional en los términos previstos para el régimen pensional especial objeto de dicha decisión; posición que reiteró el Consejo de Estado en sentencia de tutela proferida el 2 de julio de 2015 en el expediente radicado con el No. 25000-23-42-000-2013-04281-01, Actor: Pablo Eduardo Victoria Wilches. Frente a este aspecto igualmente el Tribunal Administrativo de Boyacá en el fallo proferido en el expediente 15238333001201300422, sostuvo: “...la Sentencia SU-230 de 2015 no refleja lo expuesto en la sentencia de constitucionalidad y por el contrario, se asume en esta última providencia un alcance que la primera no dio expresamente al caso examinado y que (...) **no podría ser interpretado por una sentencia de tutela posterior, avanzando a variar el ámbito de la decisión e incluso de la norma que en ese caso fue estudiada en sede de constitucionalidad...**”. Por ello, la

interpretación que efectuó del régimen de transición para los congresistas no es aplicable al régimen general, ni tiene fuerza vinculante para éste.

Lo anterior significa, que acudir a la interpretación que la Corte realizó para el régimen de congresistas, constituiría una violación de los principios de legalidad, favorabilidad, *indubio pro operario* e inescindibilidad, pues como ha sido posición reiterada de la jurisprudencia, no es posible realizar una distinción que permita la fragmentación de la normatividad aplicable en el punto específico de la determinación del ingreso base de liquidación.

Ahora bien, sobre la obligatoriedad del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional de personas cobijadas por el régimen de transición se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto de 16 de febrero de 2012, Exp.: 11001-03-06-000-2011-00049-00, en el que indicó:

“...c. Así mismo, es importante resaltar que el precedente establecido por los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones (ordinaria o contenciosa) es relevante al interior de cada una de ellas y respecto de los asuntos que son objeto de su conocimiento; dicho de otro modo, el precedente fijado por la jurisdicción ordinaria o por la contencioso administrativa, no se vuelve vinculante para la otra, pues cada una, dentro de su propia autonomía, puede establecer las reglas de interpretación de los asuntos sometidos a su conocimiento. Esto es especialmente importante en el tema consultado, pues respecto de los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado es diferente a la fijada por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de su competencia, de forma que lo dicho en cada jurisdicción no es trasladable necesariamente a la otra...”

En este Punto debe indicarse que el alcance del pronunciamiento contenido en la sentencia C-258 de 2013 y SU -230 de la Corte Constitucional, se insistió tuvo como destinatarios a los pensionados con régimen de congresista y a los Magistrados de Altas Cortes , por

homologación , esto en interpretación del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 frente a los argumentos de este pronunciamiento la sala plena de la Sección Segunda con criterio de unificación y por importancia jurídica en aplicación del artículo 271 del CPACA en providencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016) dentro **Expediente: 25000234200020130154101 siendo M.P GERARDO ARENAS MONSALVE Preciso:**

“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 4° 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”*.....(.....)

- 1) 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.
- 2) 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.”

Es así que el despacho atenderá y acogerá los argumentos de la sentencia en cita, pues queda claro que la sentencia **SU-230 de 2015**, se analiza un caso de un trabajador oficial, lo que también contribuye a concluir que tal determinación no resulta aplicable al caso de autos, como quiera que en el presente caso se decide en torno a la situación jurídica de un empleado público además 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.

Por su parte, el Juzgado ha adoptado en varios pronunciamientos su postura frente a la sentencia **SU 427 de 2016**, en el citado pronunciamiento debe precisarse que en ella se analizó un caso en el cual el reajuste de la pensión de vejez de la accionante se efectuó sin tener en cuenta la hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que origino **en un abuso del derecho**, toda vez que se dispuso el aumento de la prestación de \$3.935.780 pesos m/cte. a \$14.140.249 pesos m/cte. con fundamento en una vinculación precaria en encargo que tuvo la accionante como fiscal delegada ante un tribunal superior de distrito judicial por 1 mes y 6 días, período en el cual se incrementó considerablemente su asignación salarial y recibió una bonificación por gestión judicial, que a la postre también fue tomada en cuenta para efectuar la liquidación de la mesada prestacional; de tal manera que se legitimó a la UGPP para acudir ante la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, para interponer el recurso de revisión de que trata el artículo 20 de la ley 797 de 2003 y cuestionar decisiones judiciales en las cuales se haya incurrido en un abuso del derecho.

Por ello, será la entidad afectada quien en el evento de considerar que se está **frente a un abuso del derecho**, pueda hacer uso del recurso de revisión indicado en la ley y en los términos de la jurisprudencia, por lo que el

Despacho tan solo asumirá la decisión que en derecho corresponda para cada caso en concreto; advirtiéndose, que en el presente caso no se evidencian los presupuestos de la figura referida durante el último año derivado de vinculaciones precaria y de encargos puedan afectar notoriamente el monto de cotización y el monto de la pensión.

De otra parte ha de precisarse que a la fecha el Consejo de Estado no ha cambiado la postura sobre el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial que comprende la base y el porcentaje dispuesto legalmente; ni se ha pronunciado frente a la sentencia en mención, por lo que siendo un deber funcional de este estrado judicial sujetarse al precedente vertical conformado por los pronunciamientos de las Corporaciones jerárquicamente Superiores dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y que se concreta en una interpretación más favorable y progresiva en relación a las garantías de los derechos salariales; es dable concluir que los beneficiarios de la Ley 33 de 1985 por vía del régimen de transición creado en la Ley 100 de 1993, deben cumplir los requisitos de tiempo de servicios y edad establecidos en dicha normatividad para el reconocimiento pensional, calculándose como monto de la mesada el 75% del promedio de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios e incluyendo en su base de cotización y liquidación todos los conceptos que constituyan salario, sin importar si se encuentran o no en el listado plasmado en el artículo 3º ibídem o la denominación que se les dé, siempre que remuneren la actividad del trabajador.

2- Factores de liquidación

Con respecto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta, la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, en el expediente Radicado con el No. 25000-23-25-000-2006-07509-01, Actor: Luis Mario Velandia, determinó que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, en razón al carácter de salario diferido que tiene la pensión y en atención a los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral.

A manera de ejemplo, la jurisprudencia ha enunciado algunos conceptos que constituyen factor salarial:

“(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones**, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. (...)”⁶(Subraya y negrilla fuera del texto original)*

A su vez, ha indicado el Consejo de Estado⁷ que lo expuesto en la referida providencia de unificación es de obligatorio cumplimiento:

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Fallo del 4 de agosto de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁷ Consejo de Estado en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2015, radicado No. 11001-03-15-000-2015-02747-00, Actor: Henry López López.

“fallo de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010 (expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01)”...“con posterioridad al aludido fallo SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado no se ha pronunciado por vía ordinaria, de modo que no ha cambiado su criterio jurisprudencial consolidado en la mencionada sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 y en consecuencia, debe aplicarse al caso concreto, esto es, calcular el monto de la pensión del actor en atención a los factores salariales devengados durante el último año de servicios...”

Así mismo, dicha Corporación como ya se indicó en precedencia puso fin a dicha controversia en sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016, referencia 4683-2013, Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón, en el aclaró que:

“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.” Y reiteró que *“... 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 4° 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”.

Por consiguiente, se deben tener en cuenta en la base de liquidación todos aquellos factores que constituyan factor salarial, por lo que los mismos deben ser observados al momento del estudio de la solicitud pensional por parte de las entidades encargadas de reconocer dichas prestaciones, como quiera que su inobservancia afecta los derechos laborales reconocidos por la Constitución y la ley al trabajador.

3 CASO CONCRETO

De conformidad con lo expuesto, la señora Myriam Ruiz Silva al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por haber nacido el 13 de febrero de 1956 (fl.15), tenía derecho a que su pensión le fuese liquidada, en cuantía del 75% del promedio de los factores devengados en el último año de servicios.

En efecto, la demandante se pensionó cuando se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993 y al momento en que ésta entró a regir (1° de abril de 1994) –por virtud del Decreto 691 de 1994 *"Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones"*–, contaba con más de 35 años de edad, por lo que se encontraba protegida por el régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibídem*, el cual permite dar aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Por consiguiente, teniendo claro el régimen aplicable a la demandante, se observa que le fue reconocida pensión mensual vitalicia de vejez mediante Resolución No. GNR 360536 de 18 de diciembre de 2013 (fls.17-20); la cual fue liquidada incluyendo, los factores establecidos en los artículos 18 y 19 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 3 de junio de 1994, devengados en los

últimos diez años de servicio o el tiempo que le faltare para adquirir la pensión, a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

A través de recurso de reposición en subsidio de apelación radicado el 23 de enero de 2014 (f. 43 s.), se solicitó reliquidar la pensión con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes del último año de servicio de conformidad con la ley 33 de 1985. El recurso de reposición fue resuelto a través de la Resolución GNR 347688 de 3 de octubre de 2014 (fl.22 s), en tanto que, el recurso de apelación fue resuelto mediante resolución VPB 43395 del 14 de mayo de 2015 (fls.28 s), que modifico y reliquido la pensión de vejez reconocida.

En aplicación a lo expuesto la accionante tiene derecho a que su pensión se liquide con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año comprendido, entre el 28° de febrero de 2013 y el 27 de febrero de 2014.

En lo atinente a los factores contemplados en el IBL, se tiene que la base de liquidación, en los actos demandados (resolución GNR 360536 y GNR 347688), según se desprende de los archivos *GRF – LID – LI – 2014_565614-20160531092150* y *GRF – LID – LI – 20136800330882-20160509035245* del medio magnético obrante a folio 197, estuvo compuesta únicamente por:

- 1. la asignación básica,**
- 2. horas extras**

Es por ello que para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que la preceptiva contenida en el artículo 1 de en la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan.

Revisados los factores salariales arrimados al expediente⁸, los conceptos devengados por la actora durante el último año de servicio, esto es, del 01 de marzo de 2013 al 28 de febrero de 2014 (fecha esta última en que se retiró definitivamente del servicio⁹), consistieron en:

1. Sueldo básico

2. Sueldo provisionalidad

3. Auxilio de alimentación

4. Subsidio de transporte

5. Prima de vacaciones

6. Bonificación especial por recreación

7. Prima de servicios

8. Bonificación

9. Prima de navidad

De tal manera que, la pretensión relativa a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores constitutivos de salario está llamada a prosperar. Es necesario dilucidar que, estos conceptos constituyen factor salarial por retribuir los servicios del empleado público, y en el caso de las primas de vacaciones y de navidad, aunque no se encuadran en ese concepto, el artículo 45 del Decreto No. 1045 de 1978 les dio expresamente la antedicha connotación, constituyendo el referido Decreto en el presente asunto, un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.

Así mismo, frente al sueldo en provisionalidad y/o encargo provisional debe indicar el Despacho que se observa que el mismo hace parte de la asignación básica devengada por la demandante con ocasión al encargo que ostentó como auxiliar administrativo código 407 grado 10 a partir del 15 de agosto de

⁸Folio 151.

⁹ Folio 34, mediante resolución No. 069 del 28 de enero de 2014 se acepta la renuncia.

2012¹⁰, el cual se dio por terminado mediante resolución No. 069 del 28 de enero de 2014, es así que entendiéndose el sueldo básico como la remuneración fija que percibe periódicamente un trabajador como retribución de la prestación de un servicio está deberá ser tenida en cuenta en el porcentaje correspondiente para su último año de servicios dentro del factor salarial correspondiente **a la asignación básica** de no haberse realizado así por Colpensiones.

Frente a la **bonificación por recreación**, en la sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila se concluyó que el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede ser incluido en la base pensional.

De igual manera, teniendo en cuenta el caso expuesto en la sentencia SU 427/16 proferida por la Corte Constitucional, se encuentra¹¹ que en el presente asunto la accionante no devengo durante su último año de servicios algún tipo **de remuneración exorbitante** que constituya factor salarial por concepto de algún tipo de encargo que pueda alterar la liquidación de la prestación notoriamente, lo que evita que se pueda llegar a reconocer eventualmente pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

Por último, el Despacho no puede pasar por alto la insistente argumentación esgrimida por la apoderada de Colpensiones en el escrito de contestación de la demanda (fls.90-98) donde afirma, que en el evento de declararse la nulidad de los actos administrativos objeto de la demanda, la entidad tendría que aplicar la normatividad y jurisprudencia de la Corte Constitucional, esto es, la Sentencia C-258 de 2013, ratificada mediante sentencia SU -230 de 2015.

¹⁰ Folio 151: En la constancia allegada por el Colegio Boyacá se registra la referida información.

¹¹ Folio 99: medio magnético: Revisado el archivo *GEN-ANX-CI-2014_565614-20140123125120* correspondiente a los Certificados salariales años 2003 a 2013; y folios 151 a 152: Certificados salariales años 2013 y 2014 equivalentes a su último año de servicios.

Al respecto y como quedo claramente dilucidado en precedencia el Juzgado debe hacer énfasis en que esa interpretación es evidentemente contraria al ordenamiento jurídico, debido a que el mismo fallo de constitucionalidad delimitó sus alcances exclusivamente al régimen pensional que cobija a los congresistas y a los funcionarios que tienen como parámetro para la liquidación de la pensión ese régimen:

“(…) el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

*La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, **sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992.** En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.*

*Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. (...)*¹²(Subraya y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, mal hace Colpensiones al extralimitarse en la interpretación de la sentencia aludida. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha censurado recientemente la actuación de la accionada cuando ha pretendido la aplicación extensiva del fallo citado frente a otros regímenes:

*“(...) se observa que el Vicepresidente Jurídico de Colpensiones en la Circular acusada al establecer unos criterios jurídicos básicos para el reconocimiento de las pensiones, reprodujo el contenido de la decisión de una instancia judicial, la impuso como criterio orientador para sus subalternos **y se apartó de manera expresa del precedente vinculante del Consejo de Estado.** En síntesis, estableció un carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por las altas Cortes, atribuyéndose funciones judiciales propias de un tribunal o de un órgano de cierre judicial.*

En un Estado Democrático de Derecho (artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política) las competencias de las autoridades públicas están expresamente consagradas en la (sic) normas constitucionales o legales correspondientes y ninguna autoridad puede ejercer funciones distintas a las asignadas al cargo público.

*Las autoridades Administrativas no pueden a través de circulares fijar directrices de carácter general para apartarse de decisiones judiciales de obligatorio cumplimiento, ya que **los funcionarios de la***

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio PretelCeballos.

administración no cuentan con ninguna autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial -CP, artículo 228- (...)¹³(Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por lo tanto, fuerza concluir que debe accederse a las pretensiones de la demanda y disponerse la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora **Myriam Ruiz Silva**, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, dentro de los cuales se encuentran aparte del ya reconocido¹⁴ (Sueldo básico¹⁵), Auxilio de alimentación, Subsidio de transporte, Prima de vacaciones, Prima de servicios, Bonificación y Prima de navidad, que fueron omitidos en los actos administrativos demandados, denegando para el efecto las excepciones propuestas por la entidad demandada.

En consecuencia, se impone declarar la nulidad de los actos demandados y ordenar la reliquidación de la pensión de la actora, con fundamento en el régimen anterior establecido en la Ley 33 de 1985, esto es, sobre el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado en el último año de servicio, con la inclusión de los factores salariales previamente enlistados.

De la excepción de prescripción

En lo que respecta a la prescripción de derechos propuesta por la entidad demandada, es dable advertir que como quiera que a la actora le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución GNR 360536 de 18 de diciembre de 2013, efectiva a partir del 1 de marzo de 2014, y como quiera que las peticiones de reliquidación fueron radicadas el 23 de enero de 2014¹⁶ y el 20 de octubre de 2014¹⁷, y la demanda ante la jurisdicción Contencioso Administrativa el 18 de diciembre de 2015¹⁸, al contar el término

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Auto de fecha 31 de marzo de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01383-00 (3496-2013). Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁴ Las horas extras no se tendrán en cuenta por cuanto no las devengo en su último año de servicios conforme se deduce de la certificación de factores salariales. Tampoco fueron solicitadas por la parte demandante con la demanda.

¹⁵ Dicho factor salarial debe comprender lo devengado por concepto de sueldo en provisionalidad y/o encargo provisional por la demandante en el porcentaje correspondiente para su último año de servicios.

¹⁶ Folio 43 Corresponde al recurso de reposición contra la resolución que le reconoció el derecho pensional toda vez que en ella solicita la reliquidación de la pensión.

¹⁷ Folio 58.

¹⁸ Folio 68.

de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, esto es, tres años hacia atrás contados a partir de las solicitudes de reliquidación y de la presentación de la demanda, es claro que no ha operado el fenómeno de la prescripción, por lo que se ordenará que la liquidación y pago de las diferencias a que haya lugar se efectúen **a partir del 01 de marzo de 2014**, fecha a partir de la cual comenzó a hacerse efectivo el pago de la pensión reconocida.

Descuentos por concepto de aportes al Sistema General de Salud y Pensiones

Igualmente en este punto, acota el despacho que siendo un deber funcional de este estrado judicial sujetarse al precedente vertical conformado por los pronunciamientos de las Corporaciones jerárquicamente Superiores dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y que se concreta en una interpretación más favorable y progresiva en relación a las garantías de los derechos salariales, es así que atendiendo los reiterados pronunciamientos proferidos por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁹, se dispondrá que la demandada en el presente caso, realice los descuentos que no se hubieren efectuado sobre los factores que se incluyen en virtud de esta sentencia, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco años de la vida laboral por prescripción extintiva, en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.

La posición asumida y reiterada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en cuanto a la obligación del servidor de aportar a seguridad social sobre todos los factores devengados, debe estar sujeta a un término de prescripción, como lo están todas las obligaciones, por lo que, dada su naturaleza de contribuciones parafiscales, debe acudir para el efecto al artículo 817 del Estatuto Tributario, que establece un término de prescripción de la acción de cobro de cinco (5) años (Ver entre otras providencia de 9 de marzo de 2016, referencia 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz).

¹⁹ Radicado 15001 2333 000 2015 0263-00 de 08 de marzo de 2016, demandante: Silvia Dolores Castro. M.P: Félix Alberto Rodríguez Riveros; Radicado: 152383333001 2014- 00121-01 de 08 de marzo de 2016, demandante: Luz Marina Castañeda de Moreno. M.P: Félix Alberto Rodríguez Riveros; Radicado: 15001 2333 003 2014 00002-02 de 08 de marzo de 2016, demandante: Ana Beatriz Reyes de Soracá. M.P: Félix Alberto Rodríguez Riveros; 15001 3333 005 2014 00005-01 de 08 de marzo de 2016, demandante: Mariana Jimenez de Perez. M.P: Félix Alberto Rodríguez Riveros.

Por lo anterior, se ordenará a la entidad accionada que efectúe las deducciones por concepto de aportes para pensión sobre los factores que aquí se ordena incluir en la base de liquidación, respecto de los últimos cinco (5) años de la vida laboral de quien demanda. Estos descuentos deberán ser actualizados conforme al IPC y no deben superar el monto de las diferencias causadas a favor quien demanda, y de ser superiores, solamente se podrá descontar hasta la cuantía de éstas últimas. Lo anterior, según pauta fijada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, sobre el siguiente razonamiento: *“si quien concurre a la administración de justicia en calidad de demandante, al finalizar el proceso y sin haber sido demandado en reconvención, culmina con una deuda a su cargo, parece ser que, atendiendo, como se ha explicado, a su condición de persona de especial protección, resultaría contradictorio y podría poner en riesgo su estabilidad económica y su vida digna”* (Ver entre otras providencia de 9 de marzo de 2016, referencia 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz).

DE LAS CONDENAS

Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la siguiente fórmula de actualización de condena:

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

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a la mesada pensional decretada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se debió hacer el pago respectivo. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada mesada pensional.

De igual manera, el hecho de que no se hayan efectuado aportes sobre todos los factores salariales, no obsta para que después de liquidar la pensión se realicen los respectivos descuentos, razón por la cual es pertinente ordenar que al momento de efectuar la liquidación, la entidad atienda lo establecido por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 9 de abril de 2014, siendo consejero ponente el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso radicado bajo el No. 250002325000 2010-00014-01.

Así mismo, la entidad deberá dar cumplimiento a las sentencias en los términos establecidos en los artículos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

COSTAS

De conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 que establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. (Ahora Código General del Proceso), se condenará en costas a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del C.G.P. las que serán liquidadas de conformidad con el artículo 366 de C.G.P.

Respecto de las agencias en derecho, las mismas se establecen teniendo en cuenta la tarifa prevista por el numeral III del Acuerdo PSAA 16-10554 de agosto 5 de 2016, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que se fijará el 4% del valor solicitado en la demanda.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas “*Inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de intereses moratorios, improcedencia de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, prescripción y compensación*” propuestas por la entidad accionada, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución GNR 360536 de 18 de diciembre de 2013, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez.

TERCERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución GNR 347688 de 03 de octubre de 2014, por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la resolución GNR 360536 del 18 de diciembre de 2013.

CUARTO.- DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución VPB 43395 del 14 de mayo de 2015, por la cual se resuelve un recurso de apelación y se modifica la resolución GNR 360536 del 18 de diciembre 2013.

QUINTO.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** que a título de restablecimiento del derecho, reliquiden la pensión reconocida a la demandante, tomando en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, aparte del **Sueldo básico** (que incluye lo devengado por sueldo en provisionalidad y/o encargo provisional) ya reconocido: **el Auxilio de alimentación, Subsidio de transporte, Prima de vacaciones, Prima de servicios, Bonificación y Prima de navidad**, percibidos durante el último año de servicios, de conformidad con las razones expuestas.

SEXTO.- Ordenar a la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, que reconozca y pague a la demandante las diferencias que resulten entre las mesadas efectivamente devengadas y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación ordenada en esta providencia. Este

reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir del **01 de Marzo de 2014**, de acuerdo con los parámetros expuestos en la parte motiva de esta providencia, con los reajustes anuales de ley.

SEPTIMO: Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la fórmula de actualización enunciada, la cual, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada mesada pensional.

OCTAVO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, que en caso de que por los conceptos de los factores cuya inclusión se ordena, **no se haya efectuado los descuentos respectivos para aportes pensionales**, la entidad podrá descontarlos del valor resultante de la condena, debiendo dar aplicación al criterio fijado por la alta corporación y el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia ya citada.

NOVENO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que cumpla el fallo, en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

DECIMO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

ONCE: En los términos del artículo 5 del Acuerdo PSAA 16-10554 DE AGOSTO 5 DE 2016 y para efectos cumplir lo ordenado en el numeral anterior fíjese como agencias en derecho la suma del 4% del valor de lo solicitado en la demanda.

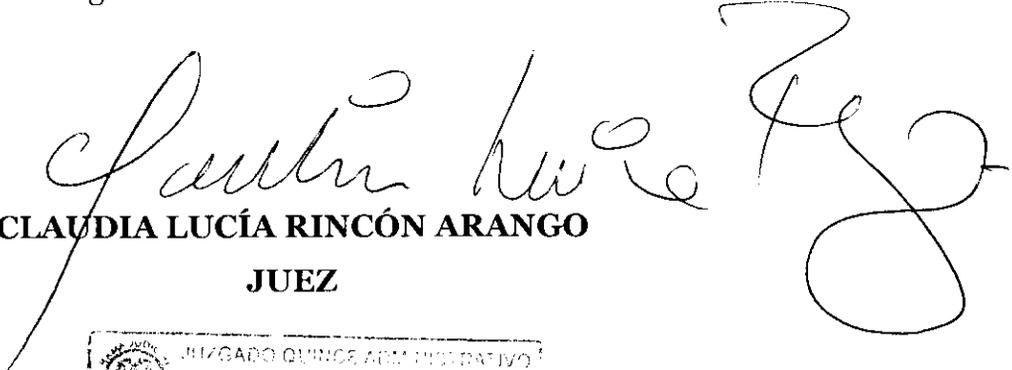
DOCE: En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior

y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con las constancia de Ejecutoria conforme con las precisiones del artículo 302, 114 y 115 del C.G.P , y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA. Para efectos de lo dispuesto, téngase en cuenta las previsiones del Acuerdo de la Sala Administrativa No. PSAA16-10458 de febrero 12 de 2016.

TRECE: Contra la presente decisión, procede el recurso de apelación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 247 del C.P.A.C.A.

CATORCE: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y **verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.**

QUINCE: **NOTIFÍQUESE** por Secretaría del contenido de la presente providencia a las partes y al Ministerio Público en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 291 numeral 1 y 295 del Código General del Proceso.


CLAUDIA LUCÍA RINCÓN ARANGO
JUEZ

