

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Expediente : **11001-3342-046-2016-00498-00**
Demandante : **LUZ MARINA CRUZ DE CESPEDES**
Demandado : **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION
SOCIAL (UGPP)**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

La señora Luz Marina Cruz De Céspedes, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.86-100 y 105 a 107).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad de los Autos ADP 000439 de 18 de enero de 2016 y el ADP 06712 de 18 de mayo de 2016 y de la Resolución No. RDP 27444 del 17 de junio

de 2013, por medio de las cuales se le negó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...reconozca y pague a la señora Luz Marina Cruz de Céspedes, una pensión mensual vitalicia de conformidad con lo normado en la Ley 33 de 1985 (...)

Que se liquide la pensión (...) teniendo como salario base de liquidación, el salario promedio devengado durante el último año de servicios debidamente actualizado a la fecha en que sea reconocida su pensión.

(...)

Pagar (...) la diferencia pensional retroactiva de las mesadas atrasadas causadas entre la fecha del status y la inclusión en nómina (...)

(...) se condene (...) al pago de la indexación o corrección monetaria.

Que se decrete la prescripción trienal para el pago de los aportes efectuados sobre los factores de los cuales se pretende la reliquidación de la pensión.

Que la demandada se obligue a dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el CPACA, e igualmente se reconozca intereses".

1.3 Hechos.

Relata la demandante que laboró al servicio del Estado, por más de 20 años.

Mediante Resolución No. PAP 001751 de 11 de noviembre de 2009, CAJANAL, le reconoció pensión de jubilación, con el 75% del promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los últimos 10 años.

El 19 de diciembre de 2013, solicitó ante la entidad, la reliquidación de su pensión, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Que en el último año de servicios, devengó además de la asignación básica, prima de antigüedad, prima secretarial, prima de servicios, bonificación por servicios, reconocimiento por permanencia, prima de navidad y prima de vacaciones.

"mediante derecho de petición (...) del 25 de septiembre de 2015, mi poderdante solicitó la reliquidación de la pensión (...). Mediante Auto No. ADP 00439 del 18 de

enero de 2016, relacionó los actos administrativos que han expedido en nombre de mi poderdante, sin resolver de fondo la petición planteada.

En contra el auto anterior, mediante radicado 201650050479182 del 18 de febrero de 2016, se solicitó una respuesta de fondo y susceptible de agotar la vía gubernativa (...).

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 3, 13, 29, 46, 48, 53 y 228; Leyes 33 y 62 de 1985, 100/93.

Sostiene que su poderdante tiene derecho al reajuste de su pensión de jubilación, en una suma equivalente al 75% de lo percibido durante el último año de prestación de servicios. Aduce que la entidad aplicó normas procedimentales diferentes que dieron lugar a la negación de la revisión de la pensión, que son desfavorables en cuanto a la validez probatoria y la forma de liquidación.

Asegura que con la expedición del acto administrativo demandado, no se le dio aplicación correcta a la normativa, comoquiera que la pensión no se liquidó con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios debidamente indexados.

Por último aduce que debe tenerse en cuenta que el concepto de salario, abarca todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios, independiente de la denominación que se les dé, sin que sea dable restarle tal carácter basándose en su denominación, salvo que una norma legal expresamente señale que una remuneración no tenga el carácter de factor salarial.

1.5 Contestación de la demanda.

La UGPP por intermedio de apoderada, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que el reconocimiento pensional efectuado a la demandante, se realizó en estricto cumplimiento de las disposiciones legales previstas para tal fin, concluyendo que no se puede acceder a reliquidarle pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados,

comoquiera que la demandante adquirió su status pensional en vigencia de la Ley 33 de 1985 y por lo tanto, le da una aplicación armónica y coherente con la Ley 62 de 1985, la cual establece los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación pensional, y, que como se puede evidenciar, el acto que reconoció la pensión a la parte demandante, se hizo de conformidad con la norma en mención.

Manifiesta que resulta válido y necesario el apartamiento del precedente judicial emanado por el Consejo de Estado respecto a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no solo por el desarrollo jurisprudencial que sobre tal punto ha realizado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, sino porque el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, al ordenar la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas a los terceros, también contempla la posibilidad fáctica de que el operador administrativo se niegue a la petición que en este sentido le sea elevada.

Aduce que la Corte Constitucional ha hecho un análisis muy extenso respecto al IBL, el cual no podrá ser promediado con base en la legislación anterior, comoquiera que a su juicio, el régimen de transición solo señala los conceptos de edad, monto y semanas cotizadas, excluyendo el promedio de liquidación, puesto que el promedio o IBL es el establecido en la ley 100 de 1993.

Concluye que los actos administrativos enjuiciados, gozan de total legalidad y por lo tanto, las pretensiones de la demanda, no están llamadas a prosperar, razón por la cual, solicita sean atendidas de manera desfavorable.

1.6 Audiencia inicial

El 31 de agosto de 2017, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.7 Alegatos de conclusión

La parte demandante

Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda.

La entidad demandada

Reiteró los argumentos de defensa expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

Ministerio Público: Señala el precedente jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado en lo referente a la interpretación normativa del IBL, indicando que se deben acoger los lineamientos del Consejo de Estado, razón por la cual, manifiesta habría lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a dilucidar, si a la parte demandante le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en dicho periodo, conforme al régimen establecido en la Ley 33 de 1985.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ La entidad demandada, reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación a la demandante, mediante Resolución PAP 001751 de 11 de noviembre de 2009, efectiva a partir del 1 de julio de 2009, sujeta a demostrar el retiro definitivo del servicio (fs.78-82).
- ✓ Mediante derecho de petición de fecha 25 de septiembre de 2015 (fs.8-14), la demandante solicitó de la entidad, la revisión de su pensión de jubilación, para que se tuviera en cuenta, la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.
- ✓ Resolución No. RDP 027444 de 17 de junio de 2013 por la cual se niega la reliquidación pensional de la demandante (fs.83-84).

- ✓ Auto No. ADP 000439 de 18 de enero de 2016 por medio del cual, se da respuesta a petición elevada por la señora Cruz de Céspedes (fs.2-4).
- ✓ Auto No. ADP 006712 de 18 de mayo de 2016, por medio de la cual se confirma el Auto ADP 000439 de 18 de enero de 2016 y la Resolución No. RDP 027444 de 17 de junio de 2013 (fs.5-7).
- ✓ Resolución No. RDP 011547 de 22 de marzo de 2017 por la cual se ordena la reliquidación de una pensión mensual vitalicia de vejez (fs.147-149).

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

La Ley 100 de 1993, instauró un Sistema de Seguridad Social, que derogó la mayoría de regímenes pensionales que se encontraban vigentes para su fecha de expedición, lo cual trajo como consecuencia, la modificación de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas.

Sin embargo, teniendo en cuenta las posibles expectativas legítimas de las personas que para el momento de entrada en vigencia de dicha norma se encontraban cerca de acceder a su derecho a la pensión y, previendo el tránsito de las diferentes normas pensionales, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se consagró el Régimen de Transición que fijó las reglas para identificar en qué casos se pueden aplicar regímenes pensionales anteriores.

En efecto, el artículo 36 consagró el Régimen de transición, señaló que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), quienes tuvieran treinta y cinco (35) años o más de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más si son hombres, o quince años de servicio cotizados, la edad para acceder a la pensión de vejez, el

tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de las personas será la señalada en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Ahora bien, en lo referente a la aplicación de la Ley 33 de 1985, el Consejo de Estado, Sección Segunda, a partir del análisis de la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación y los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, estableció expresamente que:

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

[...]

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación. (Negrita y subrayado fuera de texto)

En la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones «durante el último año y por todo concepto», «Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal», contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión «por todo concepto», contenida en su párrafo y, declaró executable las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas «al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable».

En la mencionada Sentencia, la Corte Constitucional ejerció su competencia de control de constitucionalidad en abstracto, por vía principal y ante acción popular ejercida contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. La Corte Constitucional no consideró necesario cobijar con este fallo otras disposiciones legales, con las que hubiera podido integrar una proposición jurídica completa, para incluirlas en la parte resolutive de esa sentencia y declarar (a) su inexecutable; (b) su executable o, (c) su executable condicionada a determinada interpretación y alcance.

En sentido contrario, en la parte motiva de dicha Sentencia, la Corte Constitucional precisa:

“En este orden de ideas, 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 otros¹. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.”

Y destaca, con razón, que:

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.” (Subrayados y negritas fuera de texto).

En las sentencias de unificación SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 la Corte Constitucional considera que en la sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 esa Corporación sentó un precedente aplicable a todos los regímenes especiales de pensión y no solamente al régimen pensional especial de los Congresistas y asimilados.

En la Sentencia SU-230 de 2015 la Corte Constitucional indicó:

¹ «Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.»

“Así pues, la sentencia C-258 de 2013, fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, pero además, estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100.”

En la sentencia SU-427 de 2016, se reitera en lo esencial lo sostenido por la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia SU-230 de 2015, señalando que en la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad de la expresión «durante el último año» contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, esa Corporación fijó una interpretación clara de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición.

Tal como lo sostiene la Sección Segunda del Consejo de Estado² en reciente sentencia de extensión de jurisprudencia en argumentos que acoge este Despacho:

“Contrario a la expresado en las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, la Sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional no cobija, ni puede cobijar, «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».

Esto es, la Sentencia C-258 de 2013:

(i) No extiende su análisis, ni podía hacerlo, «a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992», como son los regímenes que se encuentran «en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978».

(ii) En la parte resolutive no declaró, ni podía hacerlo porque no era la norma demandada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 condicionada a una determinada interpretación y alcance.

(iii) En la parte motiva no fijó, ni podía hacerlo, una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 extendible a otros regímenes «dispuestos por

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: LUIS EDUARDO DELGADO. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN. PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).

disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992», pues una interpretación de una norma legal en tal caso sólo sería vinculante en cuanto fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive que sólo cobija el mencionado artículo 17 de la Ley 4 de 1992.”

(....)

(ii).- De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas legales (también llamadas “C”), sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive (y en la parte motiva sí y solo si ésta fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive), en tanto que las adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. La única sentencia tipo C emanada de la Corte Constitucional que podría vincular a esta Corporación sobre el tema es la C-258 de 2013, pero ella se refiere exclusivamente al sentido y alcance del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad. Las sentencias SU 230 de 2015 y SU 427 de 2016, son sentencias de tutela, que a pesar de producir efectos interpartes, están llamadas a ser aplicadas con carácter vinculante en las salas de revisión de tutelas de la propia Corte Constitucional y en las demás cortes, tribunales y juzgados del país, en tanto y en cuanto estén referidas a la aplicación y alcance de las normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales (doctrina constitucional integradora).

(iii).- Las tesis plasmadas en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda de esta Corporación, se inscriben dentro del sistema de fuentes del derecho y tienen carácter prevalente y vinculante, a la luz de lo dispuesto en los artículo 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011

(iv).- De acuerdo con el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política «bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva». No se puede favorecer la sostenibilidad fiscal, como se sostiene en las sentencias SU en mención, a cambio del menoscabo de los derechos fundamentales de los pensionados, relacionados con la reliquidación y reajuste de su prestación social, los cuales tienen incidencia en los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, entre otros.

(v).- El artículo 53 constitucional consagra el principio de favorabilidad al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo y no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas.

(vi).- El régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible, se puede modificar; sin embargo, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé

regímenes de transición. El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. De conformidad con las nítidas voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación²⁸ y, en lo que toca con este último punto, ha considerado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que abarca factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación²⁹. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero si contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición.

(vii) Al haber normas especiales que regulan el monto de la pensión de jubilación de las personas que están amparadas por el régimen de transición, deben aplicarse estas y no la norma general contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. ...”

(viii).- Aplicar un criterio distinto al señalado en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, conlleva una regresión de los derechos laborales³⁰.

LEY 33 DE 1985

La Ley 33 de 1985, estableció el régimen general para el reconocimiento de la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, disponiendo lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º. 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.

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 (...).”

Por su parte, la Ley 62 de 1985, “Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”, respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció lo siguiente:

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”.

Como se deduce de la norma transcrita, ciertamente se enunciaron factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, pero dicha enumeración no puede considerarse taxativa, por cuanto en el inciso tercero se prevé la posibilidad de que dicha prestación sea liquidada sobre los factores que hayan servido de base para calcular aportes. Así las cosas, se concluye que el salario base para efectuar la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación comprenderá no solo la asignación básica mensual sino también todos los demás factores que el trabajador percibió como consecuencia de su relación laboral durante el último año de servicios, pues lo contrario sería tanto como deferirle al empleador la posibilidad de establecer, a la postre, el quantum pensional de su empleado.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 4 de agosto de 2010³, unificó el criterio frente a la liquidación de las pensiones reconocidas bajo los parámetros de las Leyes 33 y 62 de 1985, indicando que no solo se tendrán en cuenta los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado aportes a seguridad social, sino todos los devengados por el trabajador durante su último año de prestación de servicios, en los siguientes términos:

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

³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, en sentencia de 4 de agosto de 2010, consejero ponente, doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

de salarios, 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. (...).

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación”.

Además en la referida providencia se precisó que en estos casos la entidad deberá efectuar los descuentos referentes a aportes sobre aquellos factores salariales reconocidos por haber sido devengados, pero que no fueron sujetos a descuentos para seguridad social y que tal “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”.

A su vez el Consejo de Estado⁴ en Sala de Consulta y Servicio Civil precisó lo siguiente:

“... reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. (...) En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones”. (...) apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios”.

Como se observa, para el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, las Leyes 33 y 62 de 1985 no indican en forma taxativa, sino enunciativa, los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación de los servidores públicos, reiterando que lo señalado

⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069).

en esa normatividad es meramente enunciativo, y acudiendo para tal efecto a las previsiones del Decreto 1045 de 1978, dada la finalidad que persiguen dichas disposiciones, como es la de establecer la forma en que debe liquidarse tal prestación, atendiendo a principios, derechos y deberes de rango constitucional en materia laboral.

Del análisis normativo y jurisprudencial se concluye, que en la liquidación de las pensiones de los empleados públicos otorgadas conforme lo señalado en las Leyes 33 y 62 de 1985, se deberán tener en cuenta el promedio de todos los factores salariales que el demandante haya percibido durante el último año de prestación de servicios, razón por la cual, es procedente ordenar que se liquide nuevamente la pensión cuando no se han incluido los mencionados factores.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

CASO CONCRETO

De lo demostrado en el proceso, se tiene que la señora Luz Marina Cruz de Céspedes, nació el 3 de febrero de 1953, según consta en copia de cédula de ciudadanía obrante a folio 17 del expediente. Lo que quiere decir, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), la demandante contaba con 41 años 1 mes 29 días. Es decir, es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 ibíd.

Así mismo se observa que la demandante prestó sus servicios como Secretaria de la Secretaría de Educación de Bogotá, desde el 28 de abril de 1972 hasta el 1 de julio de 2010, y, que adquirió su status pensional el 3 de febrero de 2008, (fecha en la cual contó con la edad requerida y los años de prestación de servicios), por lo que, de acuerdo con lo señalado en la Ley 33 de 1985, tiene derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual devengado en el último año de prestación de servicios.

Por lo anterior, mediante Resolución No. PAP 001751 de 11 de noviembre de 2009 (fs.78-82), se le reconoció a la demandante la pensión vitalicia de jubilación, reliquidada mediante Resolución RDP 011547 de 22 de marzo de 2017. No obstante, para liquidar dicha pensión, la entidad no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de

servicios, sino el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, lo que, de conformidad con lo manifestado por la jurisprudencia del Consejo de Estado referenciada en la parte considerativa, constituye desconocimiento de las normas en que debía fundarse la demandada para expedir el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante.

Ahora bien, de conformidad con los demás elementos probatorios, se observa que, en el último año de prestación de servicios (1 de julio de 2009 a 30 de junio de 2010), la demandante devengó la asignación básica, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios y gastos de representación (fs.20-21), todo lo cual debe incluirse en la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación.

Así las cosas, al establecerse que la entidad demandada no aplicó en su integridad el “Régimen Pensional de Empleados Públicos – Ley 33 de 1985”, porque no incluyó todos los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicios, se ha desvirtuado la presunción de legalidad que amparaba los Autos ADP 000439 de 18 de enero de 2016 y ADP 06712 de 18 de mayo de 2016 y de la Resolución No. RDP 27444 de 17 de junio de 2013, en consecuencia el despacho accederá las pretensiones de la demanda y declarará la nulidad de los actos acusados.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad accionada reliquidar la pensión de jubilación de la demandante aplicando en su integridad el Régimen Pensional de Empleados Públicos – Ley 33 de 1985, incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicios.

Se precisa en cuanto a los factores salariales de “*bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad*”, el Despacho acoge la tesis del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia del 13 de mayo de 2011, radicación No.11001- 701 – 2009 -00058 -01 Magistrada ponente Dra. Amparo Oviedo Pinto, en la que establece lo siguiente:

“(…) y precisando que la prima de navidad y prima de vacaciones debe incluirse en su doceava parte, comoquiera que se causan anualmente y cuando la norma habla del promedio devengado, se refiere al salario mensual (...)”

En cuanto a la bonificación por recreación, es del caso precisar que no será ordenada su inclusión, teniendo en cuenta que no es constitutiva de factor salarial,

así lo precisó el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010⁵:

“... El ordenamiento jurídico (artículo 15 del Decreto 2710 de 2001) prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante. Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente”.

Se advierte, que respecto al valor denominado “vacaciones en dinero” como factor salarial, este Juzgador considera necesario precisar que este no constituye factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, en razón a que se causa no como retribución del servicio, sino como pago de los días a los cuales tiene derecho a descanso anual, por tal razón, no es viable acceder a la inclusión del sueldo de vacaciones como factor salarial a efectos de liquidar la pensión de la demandante. Al respecto el Consejo de Estado⁶ precisó:

“...no es posible incluir la indemnización de vacaciones, toda vez que estas no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación”.

Igualmente, se precisa que el factor denominado “reconocimiento por permanencia”, no es constitutivo de factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, razón por la cual, no podrá incluirse como factor salarial a efectos de liquidar la pensión de jubilación de la parte actora. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 276 de 2007 “Por el cual se crea un Reconocimiento por Permanencia en el Servicio Público para Empleados Públicos del Distrito Capital”, que a su tenor literal dispone:

“ARTÍCULO 1. CREACION. Créase el Reconocimiento por Permanencia para empleados públicos del Distrito Capital a los que hace referencia el artículo 3° del

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de 14 de septiembre de 2011, magistrado ponente doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 25000232500020100003101, número interno 0899-2011.

Acuerdo, como un componente del régimen salarial, el cual no constituye factor salarial para ningún efecto legal. (Subraya y Negrita por el Despacho)

En cuanto al factor denominado "prima secretarial", el despacho considera necesario precisar que este no constituye factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 092 de 2003 "por el cual se establecen las escalas salariales de la bonificación por servicios prestados, la prima secretarial y reconocimiento por coordinación para los empleados públicos del distrito capital y se dictan otras disposiciones", según el cual dispone que la prima secretarial no es constitutiva de factor salarial, por tal razón, no es viable acceder a la inclusión de este como factor salarial a efectos de liquidar la pensión de la demandante. Al respecto el artículo 3º del mencionado Acuerdo señala:

"ARTÍCULO 3º.- Prima Secretarial y escala. Reconocimiento y pago mensual que se hace a los empleados públicos que desempeñen el cargo de secretario, en el nivel administrativo, es equivalente al 2% de la asignación básica mensual. Dicho valor no constituye factor salarial para ningún efecto legal". (Subraya y Negrita por el Despacho)

De otra parte, es de precisar que el despacho no encuentra prueba alguna de que los factores salariales sobre los que se ordenó reliquidar la pensión, se efectuaron los aportes en pensiones, motivo por el cual deberá la entidad accionada en el evento de no haberlo hecho, al momento de efectuar la reliquidación respectiva, realizar el descuento sobre los factores salariales que se ordenan reconocer mediante esta providencia.

En relación con las deducciones, ha sostenido el Consejo de Estado:

"A pesar de que la certificación de salarios devengados expedida por la Subdirección Financiera - División de Pagaduría - del Ministerio de Transporte precisa que se hicieron los descuentos a la Caja Nacional de Previsión Social, en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes.⁷

Así las cosas, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, deberá al momento de efectuar el pago, hacer las respectivas

⁷ CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 29 de mayo de 2003, rad: 2009-2990-01(4471-02)

compensaciones sobre los factores salariales que son objeto de reconocimiento en la presente providencia.

Sobre la deducción de aportes, la parte demandante en la pretensión séptima de la demanda solicitó se decrete la prescripción trienal de los mismos.

Al respecto, debe señalar este juzgador que lo solicitado por la parte demandante, en sí mismo constituye una nueva petición, sobre la cual la entidad demandada no tuvo la oportunidad para pronunciarse en sede administrativa, razón por la cual, no es posible acceder a la misma, pues de así hacerlo se estaría vulnerando la congruencia que debe existir entre la demanda y la reclamación en sede administrativa, así como también, el derecho de defensa de la entidad demanda.

Por otro lado, y en gracia de discusión, se tiene que la sentencia aquí proferida frente a la entidad demandada, y respecto de los descuentos por aportes sobre los nuevos factores tiene el carácter de declarativa, por ello, los derechos que de allí se deriven solo prescribirán con posterioridad a la sentencia, siempre que se cumplan los supuestos normativos para que dicha figura opere, y no como lo pretende la parte demandante, en forma retroactiva a la sentencia.

En gracia de discusión, el despacho advierte que no desconoce el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015⁸, en la cual se determinó:

“(...) el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca” reafirmando la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013; lo que conllevaría a pensar que en los asuntos como el que aquí se debate, deberá reliquidarse la pensión de jubilación, atendiendo al promedio del salario devengado durante los últimos 10 años de servicio.

La citada providencia reiteró los argumentos expuestos en la sentencia C-258 de 2013, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de los beneficios y condiciones especiales del régimen de los Congresistas establecido en el artículo

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Exp. N°. T-3.3558.256.

17 de la Ley 4 de 1992, cuyos efectos continuaron vigentes en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, el Consejo de Estado, en sentencia de 25 de febrero de 2016 radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, se apartó de la interpretación efectuada por la Corte Constitucional en la referida sentencia, al considerar lo siguiente:

“(...) 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 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 4ª de 1992, en virtud de la Cosa Juzgada Constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013 (...)

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. 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 (...).

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 predicán 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”.

Lo anterior permite concluir que aun con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en sentencias SU-230 del 29 de abril de 2015 y SU-427 de 2016 en sede de tutela, el Consejo de Estado ratificó la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010⁹, y más recientemente la unificación de jurisprudencia de 25 de febrero de 2016¹⁰ tanto en la extensión de jurisprudencia de 24 de noviembre de 2016¹¹, como en la sentencia de remplazo de 9 de febrero de 2017¹², razón por la cual, el despacho seguirá aplicando el precedente

⁹ Es una de las sentencias de unificación jurisprudencial que han servido de base para extender los efectos de la misma a pensiones que deben reliquidarse aplicando de manera íntegra el régimen de transición, incluyendo los factores salariales que habitualmente y de forma periódica se percibieron en el último año de servicios del empleado público, sentencia que se aplica por los funcionarios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como precedente de la interpretación en relación a la forma en que se debe calcular el ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional de los servidores públicos cobijados por los regímenes de transición.

¹⁰ Radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). Actor: LUIS EDUARDO DELGADO

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., nueve (9) de febrero dos mil diecisiete (2017). RADICADO: 250002342000201301541 01. NÚMERO INTERNO: 4683-2013. DEMANDANTE: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCÓN DEMANDADOS : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE

jurisprudencial del órgano de cierre de esta Jurisdicción que la misma Corte Constitucional ha acogido en pretérita oportunidad como línea jurisprudencial en Salas de revisión de Tutela¹³ **según la cual se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible**, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (Se subraya y resalta)

Amén de lo anterior debe señalarse que, como el régimen pensional de la demandante era el contemplado en la Ley 33 de 1985 y no el establecido para los congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios (Ley 4 de 1992), la sentencia C-258 de 2013 no resulta aplicable al presente asunto.

Sin embargo, como la Corte Constitucional mediante Auto 326 de 2014¹⁴, reafirmó la interpretación que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había fijado la sentencia C-258 de 2013, según la cual el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el IBL, es preciso advertir que en este caso no se desconoce dicho precedente, por cuanto la peticionaria adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento, en razón a lo siguiente:

Observa el Despacho que la demandante nació el 03 de febrero de 1953 y trabajó al servicio del Estado desde el 25 de abril de 1972 hasta el 23 de junio de 2009 adquiriendo el estatus de jubilada el 03 de febrero de 2008 y efectivo el disfrute a

GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.

¹³ Es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela (T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009) cuya *ratio decidendi* precisa que **se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible**, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (Se subraya y resalta)

¹⁴ En ese Auto, la Corte resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T -078 de 2014m señalando que: *"En efecto, en esa oportunidad la Sala Plena declaró inexecutable la expresión "durante el último año", contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, razón por la cual sobre este aspecto del régimen especial se predica la existencia de la cosa juzgada constitucional; sin embargo, a pesar de que la sentencia de constitucionalidad no extendiera sus efectos de cosa juzgada a los demás regímenes pensionales, lo cierto es que para declarar la inexecutable mencionada, la Sala Plena hizo una interpretación autorizada –que integra la ratio decidendi de la sentencia- del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 del régimen general de pensiones contenido en la Ley 100/93, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio, que en la Sentencia T-078 de 2014 fue seguido de forma estricta por la Sala Segunda de Revisión"*.

partir del 01 de julio de 2009, siendo beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 siendo reconocida pensión por Resolución PAP 001751 de 11 de noviembre de 2009.

Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la demandante adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, así como la SU 230 de 2015 dado que cumplió los requisitos exigidos para ello siendo efectivo el reconocimiento a partir 01 de julio de 2008. En ese sentido, aplicar en este caso la referida tesis jurisprudencial implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esa Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación¹⁵.

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

A lo anterior ha de agregarse que esta providencia se profiere con base en la normativa y jurisprudencia vigente para el caso concreto y en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral contemplado en el artículo 53 Superior y aplica la *ratio decidendi* reiterada en forma uniforme, constante y actual por parte del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Al respecto bien vale la pena traer en cita lo afirmado en la sentencia SU-691 de 2011, referida a la disparidad de criterios interpretativos existente entre la Corte Constitucional, que deriva su interpretación de la norma constitucional, y el Consejo de Estado que lo hace en salvaguarda del principio de legalidad en un tema controversial como lo fue los actos de retiro de los empleados provisionales, argumentación conclusiva que resulta aplicable a este tema del IBL aplicable al régimen de transición. Dijo en aquella oportunidad la Corte en su *ratio decidendi*:

“(…)4.3. A modo de conclusión

La Sala Plena considera necesario precisar que, la existencia de distintas posturas jurisprudenciales en materia de motivación de los actos de

¹⁵ Sentencia T-615 de 2016

desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera son acordes con la dinámica interpretativa del derecho.

En efecto, no resulta extraño que dos jurisdicciones, la constitucional y la administrativa, hayan elaborado, a lo largo de los años, unas líneas jurisprudenciales distintas sobre un mismo tema. Tal fenómeno suele explicarse por la razón histórica que determinó el surgimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la defensa del principio de legalidad.

En tal sentido, si bien es cierto que la expansión del principio de supremacía constitucional ha irradiado a toda la jurisdicción en Colombia, y por ende, los fallos de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquélla, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, no existe responsabilidad alguna de los jueces administrativos por la elaboración de una jurisprudencia constante sobre un determinado punto de derecho. En efecto, la interpretación y aplicación razonables que los jueces administrativos han realizado de los textos legales que rigen la función pública en Colombia no puede ser considerada como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales. (...)” (Corte Constitucional. Sentencia SU-691/11)

Para el caso, la interpretación y aplicación razonables que los jueces administrativos han realizado de los textos legales que rigen el régimen de transición no puede ser considerado como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales, dado que ha sido constante, uniforme y reiterada.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL (UGPP), pagará a la demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación, ajustadas, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante de la correcta liquidación de su pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios

al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

En relación a la pretensión "intereses moratorios" debe precisarse que será denegada toda vez que la presente sentencia dispone que los valores a reconocer ha de indexarse de conformidad con el ordenamiento contencioso administrativo. De proceder como lo petitiona la parte actora, equivaldría realizar un doble pago por la misma razón esto es intereses comerciales e indexación. Se precisa que los intereses moratorios que se puedan causar serán de conformidad con el artículo 195 del CPACA.

Prescripción

A pesar de que el derecho al reajuste de las mesadas pensionales, no prescribe, no ocurre lo mismo con el pago de la diferencia de valor de dichas mesadas, a las cuales les aplica la regla general de prescripción trienal de los derechos laborales.

Comoquiera que la petición de reliquidación pensional fue presentada el 25 de septiembre de 2015 (fs.8-14), en aplicación de la prescripción trienal, regulada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁶, se declarará probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas que resulten a favor de la demandante con anterioridad al 25 de septiembre de 2012.

Costas

¹⁶ "Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan 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".

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”¹⁷.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁸, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

¹⁷ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)”

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
(...)”

¹⁸ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia..." y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.¹⁹

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARASE LA NULIDAD de los Autos Nos. ADP 000439 de 18 de enero y 006712 de 18 de mayo de 2016 y la **NULIDAD** de la Resolución No. RDP 027444 de 17 de junio de 2013, por medio de los cuales, se negó la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL (UGPP), a:

- a) **Efectuar una nueva liquidación** de la pensión de jubilación de la señora LUZ MARINA CRUZ DE CESPEDES, identificada con C.C. No. 41.626.405, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyéndole los factores salariales así: asignación básica, prima de antigüedad, doceava parte de la prima de navidad, doceava parte de la prima

¹⁹ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

de vacaciones, doceava parte de la prima de servicios, doceava parte de la bonificación por servicios y gastos de representación.

b) **PÁGUESE** a la señora LUZ MARINA CRUZ DE CESPEDES, las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia, teniendo en cuenta los ajustes de ley, a partir del 1 de julio de 2010, pero con efectos fiscales desde el 25 de septiembre de 2012, por prescripción trienal. Las diferencias que resulten se ajustaran de conformidad con la formula ya señalada.

c) En caso de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, deberá efectuar los descuentos correspondientes por razón de los aportes no efectuados debidamente indexados al momento de pagar las mesadas correspondientes.

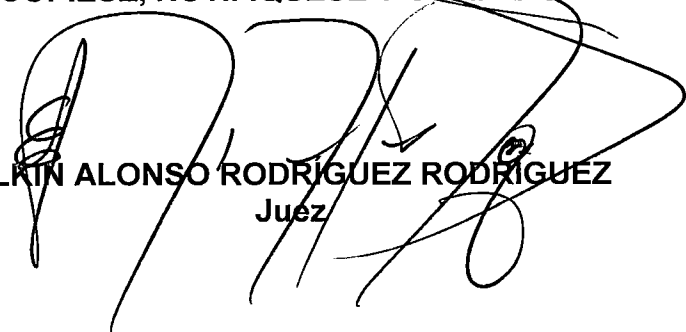
TERCERO. DECLARASE probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 25 de septiembre de 2012, conforme a lo señalado en la parte motiva del fallo

CUARTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

QUINTO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia por secretaría, archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que los hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez