

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

DEMANDANTE: ÁLVARO HUMBERTO GÓMEZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2016 00068 - 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO

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 y tesis del demandante (fl. 3-11 y 88-89):

El señor ÁLVARO HUMBERTO GÓMEZ RODRÍGUEZ, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-.

Solicitó la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución No. GNR 13888 del 21 de enero de 2015, por medio de la cual se le reconoció pensión de vejez, que fue revocada por la Resolución No. GNR 312330 del 13 de octubre de 2015 y esta última posteriormente fue modificada por la Resolución No. VPB 8965 del 23 de febrero de 2016 que reliquidó la pensión. A título de restablecimiento del derecho, reclamó la reliquidación de su pensión con el 75% del promedio de todo lo devengado en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio.

Finalmente, reclamó el pago de las sumas de dinero que resulten de la diferencia entre el valor pagado y lo que corresponde por reliquidación de la pensión, que se hagan los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor y se reconozcan

intereses moratorios, conforme lo establecen los artículos 187 y 192 del CPACA.

Alegó el accionante que al haber iniciado labores el 1º de agosto de 1977 se encuentra cobijado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues a la fecha de entrada de la referida Ley, tenía más de 15 años de servicio, por ende para efectos de la liquidación de su pensión vejez, se le debe aplicar en su integridad las normas anteriores de los servidores públicos, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985; adicionalmente, en lo que respecta a los factores salariales argumentó que debe efectuarse la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el criterio interpretativo del Consejo de Estado en las sentencias del 04 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016, esto es, con todo lo devengado en el último año de servicios, que transcurrió del 1º de junio de 2014 al 31 de mayo de 2015. Los factores que reclama son, asignación básica, prima técnica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y los respectivos reajustes legales efectuados sobre el sueldo, la prima técnica, la prima de vacaciones y la bonificación por servicios prestados.

2. De la contestación y tesis de la entidad demandada (fl. 61 -72 y 89):

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-: Compareció al proceso mediante apoderado judicial, para oponerse a las pretensiones de la demanda bajo los siguientes argumentos:

Señala que se opone a las declaraciones y condenas, al considerar i) que para la liquidación de la pensión del demandante se debe acudir a las previsiones de la Ley 100 de 1993 frente al monto, semanas cotizadas y edad del afiliado, y en cuanto a los factores a lo señalado en el Decreto 1158 de 1994, ii) que ya no es posible aplicar IBL establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 ni sus factores salariales, ya que a la fecha se encuentra vigente la Jurisprudencia del Corte Constitucional sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, es decir, que no podrá tenerse en cuenta la liquidación con los factores devengados en el último año de servicios, sino conforme a las reglas que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

3. De los alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar (fl. 157 s), el Ministerio Público no emitió concepto y las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1. Parte demandante (fl. 160-161): Reitera lo expuesto en la demanda, señala que la Entidad accionada desconoció la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado como las normas de rango constitucional y legal al no liquidar la pensión del demandante conforme a las normas especiales contenidas en la Ley 33 y 62 de 1985, esto es, con todos los factores componentes de salario devengados en el último año de servicios, dejando de lado el hecho de que el señor ALVARO HUMBERTO GÓMEZ RODRÍGUEZ a la fecha de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con más de 15 años de servicio, por tanto es beneficiario de las citadas normas. Indica que para el presente caso no es aplicable la sentencia C-258 de 2013, como quiera que se circunscribe al régimen pensional aplicable a los congresistas y no a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas por las Leyes 33 y 62 de 1985; adicionalmente no puede aplicarse de manera retroactiva a situaciones jurídicas ya consolidadas.

3.2.-Administradora Colombiana de Pensiones (fl. 162-168): Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señala que se encuentra vigente la interpretación desarrollada por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, en la cual se hace un análisis exhaustivo para determinar el IBL para aquellos que son beneficiarios del régimen de transición, que por interpretación extensiva debe tomarse como base lo dispuesto en el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, tesis que luego fue ratificada en las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016. En cuanto a los factores salariales consideró que debe tenerse en cuenta aquellos que hayan sido reportados y certificados por el empleador y que se encuentren señalados de manera taxativa en el Decreto 1158 de 1994.

II. CONSIDERACIONES:

1. Problema jurídico:

Corresponde al Despacho establecer la legalidad de las Resoluciones Nos. GNR 13888 del 21 de enero de 2015, GNR 312330 del 13 de octubre de 2015 y VPB 8965 del 23 de febrero de 2016 proferidas por COLPENSIONES, y para el efecto se deberá determinar si procede la reliquidación de la pensión de vejez del señor ÁLVARO HUMBERTO GÓMEZ RODRÍGUEZ de conformidad con

lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 33 de 1985, esto es, con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios o con el promedio de aportes realizados en los últimos 10 años de servicio. Así mismo, se referirá el Despacho al alcance de las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

2.- Régimen pensional aplicable:

Como quiera que el demandante ÁLVARO HUMBERTO GÓMEZ RODRÍGUEZ contaba con más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), se encuentra dentro de los supuestos del régimen de transición del artículo 36 de la señalada Ley 100 de 1993.

En virtud de la norma en cita, a quien reúna los requisitos para pertenecer al régimen de transición le es aplicable el régimen pensional al que se encontraba afiliado antes de la Ley 100 de 1993 en lo que se refiere a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Así, el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993, que se aplicaba a los empleados públicos, era la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, cuyo artículo 1º parágrafo 2 estableció el siguiente régimen de transición: **i)** quienes a la fecha de vigencia de la Ley 33 de 1985 (29 de enero de 1985) cumplieran quince (15) años de servicio, se les aplicaría las disposiciones sobre edad de jubilación que venían rigiendo; **ii)** quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, y se encuentren retirados del servicio, cuando cumplan los 50 años de edad, si son mujeres, o 55, si son varones, se regirán por las disposiciones vigentes en el momento de su retiro; **iii)** igualmente dejó a salvo los cobijados por regímenes especiales o de excepción. Dicho régimen remite a las normas anteriores, como los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

La situación de quien demanda no se encuadra en ninguno de los supuestos de este último régimen de transición, por tanto, las normas que rigen su situación pensional son las Leyes 33 y 62 de 1985. De conformidad con éstas tendrá derecho a pensión jubilación el empleado oficial con un tiempo de servicios de veinte (20) años y cincuenta y cinco (55) años de edad, sea hombre o mujer; prestación que deberá reconocer la respectiva Caja de Previsión y que será equivalente al setenta y cinco por ciento

172

(75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (art.1º Ley 33 de 1985).

En el sub examine nada se discute respecto al cumplimiento de las condiciones de edad y tiempo de servicios de quien demanda, por lo que procederá el Despacho a referirse al monto de la pensión y a los factores que deben ser tenidos en cuenta en el ingreso base de liquidación, ya que en torno a este último punto gira la controversia.

2.1. Del monto y los factores de liquidación:

Como atrás se señaló, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 estableció que el monto de la pensión de jubilación a que tendrían derecho los servidores públicos cobijados por ésta sería equivalente i) al setenta y cinco por ciento (75%) ii) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Para la entidad accionada, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, ya que para el caso de la determinación del IBL restringió su aplicación con la finalidad de evitar la violación de los principios establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política y los demás que regulan la seguridad social, por lo que considera que debe aplicarse la base de liquidación de la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 1158 de 1994.

Atendiendo al precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, la remisión que hace el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al monto del régimen anterior a ésta, comprende tanto el ingreso base de liquidación, como el porcentaje sobre el cual se liquida la prestación. Señaló la Corporación que *"conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.* (Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Sentencia del

21 de septiembre de 2000. Exp. 470/99. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda), interpretación que sigue vigente hasta la fecha¹.

De manera que para efectos de calcular la mesada pensional a que tienen derecho quienes se encuentren en el régimen de transición, resulta aplicable el artículo 3 de la Ley 62 de 1985 que modificó la Ley 33 del mismo año, que señala: *"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"*.

Ahora bien, respecto a los factores base de liquidación de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010) unificó el criterio de interpretación, considerando que *"...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"*(²). Pronunciamiento que se apoyó en sentencia que consideró lo mismo al interpretar el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978(³). En la sentencia de unificación se dejó claro que debía disponerse el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

A su turno, la parte demandada invoca la sentencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 para afirmar que

¹ Ver sentencia del 09 de febrero de 2017 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Radicado: 250002342000201301541 01. M.P. César Palamina Cortés.

² CE 2, Ago. 4 de 2010, e 0112-2009, V. Alvarado.

³ CE 2, Jul. 9 de 2009, e 0208-2007, B. Ramírez.

177

incluso las pensiones del régimen de transición deben ser liquidadas de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴ y los factores del Decreto Reglamentario 1158 de 1994.

Para el Despacho las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 no tienen fuerza vinculante en el presente caso, en el que se discute el ingreso base de liquidación de una pensión regulada por la Ley 33 de 1985, como quiera que:

i) En la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional se pronunció respecto de la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4º de 1992, referente al régimen pensional de los Congresistas, régimen también aplicable a los Magistrados de Altas Cortes, al Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Defensor del Pueblo, Contralor General y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. De manera que, la sentencia no emprendió un estudio y decisión respecto del régimen pensional objeto del *sub examine*, señalando además la Corte que lo allí considerado y resuelto no se aplica a regímenes diferentes al analizado en esa ocasión.

ii) En providencia del 09 de febrero de 2017, la Sección Segunda del Consejo de Estado (Radicado: 250002342000201301541 01 y M.P. César Palomino Cortés), al dar cumplimiento a una orden emitida por la Sección Quinta de la misma Corporación, emitió sentencia que dejó sin efecto la decisión de unificación del 25 de febrero de 2016 proferida dentro del proceso (Referencia 4683-2013, actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón), y en la que, si bien niega las pretensiones de reliquidación del demandante, **se mantiene en su postura interpretativa del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993** y de que no deben aplicarse las sentencias C-258-13, SU-230-15 y T-615-16, indicando que:

"La línea jurisprudencial del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en

⁴ "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".

cuanto no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.

*(...) Lo esbozado a lo largo de esta providencia, autoriza a la Sala para **reiterar la tesis dominante en esta Corporación y sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario y de aplicar de tajo la tesis de las sentencias C-258-13, SU-230-15 y T-615-16 de la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición es, simple y llamante, atentatorio de los principios de progresividad y favorabilidad y compromete los derechos laborales de rango fundamental.***

Frente a lo cual concluye reiterando que: "la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo". (Negrilla fuera del texto)

Adicionalmente, en la citada providencia el Consejo de Estado reiteró que la interpretación dada en la sentencia SU- 427 de 2016 al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no obliga a las demás Cortes de cierre, toda vez que *"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 inter partes, 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)."*⁵ Es de resaltar que en dicha providencia la Corte analizó lo concerniente al abuso del derecho en el reconocimiento

⁵*Ibídem.* Ver también Sentencia del 26 de noviembre de 2016 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

y/o liquidación de una prestación periódica más exactamente el caso de una empleada de la Fiscalía General de la Nación⁶.

Así las cosas, quien demanda, como beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y aplicando la citada sentencia de unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2014 y la sentencia del 09 de febrero de 2017, tiene derecho a una pensión de vejez correspondiente al 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

De igual forma, ha de señalarse en atención a lo señalado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 15 de diciembre de 2016 (Radicado: 15001 3333 011 2014 00097-02 y M.P. Fabio Iván Afanador García) que respecto a los factores salariales devengados por anualidad como lo son la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, el reajuste se realizará sobre una doceava parte de tales factores.

2. DEL CASO CONCRETO:

De conformidad con lo expuesto el señor ÁLVARO HUMBERTO GÓMEZ RODRÍGUEZ al ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por haber laborado más de 15 años al servicio del Estado en calidad de empleado público, según se desprende de la certificación allegada (fl. 72 CD, "GAF-AAR-AF-2015_3761053-20150428120450) que acredita los siguientes tiempos y cargos desempeñados:

Entidad	Cargo	Inició	Terminó
Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia	Operador de equipo de sistemas II	01/08/1977	Continuó vinculado
	Programador de Sistemas, código 4060, grado 07	02-01-1979	Continuó vinculado
	Analista de sistemas, código 4005, grado 15	15/10/1986	Continuó vinculado
	Profesional especializado, código 3010, grado 15 (cargo en carrera)	07/06/1996	Continuó vinculado
	Asesor, código 1020, grado 03 (encargo)	10/11/2009	30/05/2015

⁶ Explicó la Corte en dicha providencia: "El reajuste de la pensión de vejez de María Margarita Aguilar Alzate se efectuó sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual derivó en un abuso del derecho, ya 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 mencionada ciudadana 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 tenida cuenta para efectuar la liquidación de la mesada prestacional."

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 y no con el promedio de los aportes realizados en los últimos diez (10) años de servicios; en este punto valga aclarar que si bien es cierto, a partir del 10 de noviembre de 2009 -adicional a su cargo de carrera como profesional especializado- desempeñó por encargo el de Asesor (fl. 72 CD,"GAF-AAR-AF-2015_3761053-20150428120450) que implicó un incremento de su salario⁷, también lo es, que dicho incremento no resulta desproporcional ni constituye un abuso del derecho, según se advierte del certificado de salarios allegado (fl. 110 vto. -111) para que haya de liquidarse la prestación con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, ya que tuvo un salario constante por seis (6) años y luego, desde el 07 de junio de 1996 hasta el 30 de mayo de 2015 se desempeñó como profesional especializado.

En efecto, el demandante se pensionó cuando se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993 y al momento en que ésta entró a regir (1º de abril de 1994), contaba con más de 15 años de servicios, por lo que se encontraba protegido por el régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem, el cual permite dar aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Se encuentra acreditado que el accionante adquirió el estatus de pensionado el 27 de septiembre de 2013 (fl. 12, 25 y 31 vto.) y que el último año de servicios corrió entre el 01 de junio de 2014 al 31 de mayo de 2015, como quiera que al actor le fue aceptada renuncia al cargo que desempeñaba como profesional especializado, código 3010, grado 15, a partir del 01 de junio de 2015 y a su vez se dio por terminada la comisión que le fue conferida para ejercer el cargo de Asesor, código 1020, grado 03, a través de Resolución No. 1856 de 2015 (fl. 72 CD,"GAF-AAR-AF-2015_3761053-20150428120450"). Durante este año, el accionante devengó, según certificación expedida por el empleador los siguientes factores salariales: sueldo devengado, sueldo adicional por encargo, prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad (fls. 110 vto.-111 y 41-43).

7

Año	Salario Profesional Especializado	Salario adicional por encargo	Total
2005	1.668.647	---	1.668.647
2006	1.752.080	---	1.752.080
2007	1.830.924	---	1.830.924
2008	1.935.104	---	1.935.104
2009	2.083.527	---	2.083.527
Dic 2009	2.083.527	244.411	2.327.938
2010	2.125.198	249.299	2.374.497
2011	2.192.567	257.202	2.449.769
2012	2.302.196	270.062	2.572.258
2013	2.381.392	279.352	2.660.744
2014	2.451.405	287.565	2.738.970
2015	2.541.126	298.090	2.839.216

125

La Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, mediante Resolución No. GNR 1388 del 21 de enero de 2015, reconoció la pensión de vejez al demandante, condicionada al retiro del servicio y liquidada sobre el IBC de los factores salariales devengados y reportados por el empleador y los previstos en el Decreto 1158 de 1994 (fl. 13-15 vto.)

Posteriormente, el 16 de febrero de 2015 el demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, solicitando la reliquidación de la pensión por retiro definitivo del servicio con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (fl. 17-22).

En virtud de lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES expidió la Resolución No. GNR 312330 del 13 de octubre de 2015 a través del cual decidió resolver un recurso de reposición y revocar una resolución, que si bien es cierto en el artículo primero se indica "*revocar en cada una y en todas sus partes la Resolución recurrida que negó una pensión de vejez...*" (fl. 25 vto.), sin precisar a qué resolución se refiere, también lo es, que dicha revocatoria anuló los efectos de la Resolución No. GNR 31888 de 2015 por medio de la cual se reconoció una pensión vitalicia de vejez y no otra, como quiera que fue aceptado como cierto en la contestación de la demanda (fl. 63) y está claro que dicho acto fue el producto de las actuaciones administrativas desplegadas por la entidad una vez petición el actor, coincidiendo además con la parte motiva de la Resolución No. GNR 312330 (fl. 23).

Adicionalmente, se observa de la Resolución No. GNR 312330 de 2015 que debido a la revocatoria la entidad vuelve y ordena reconocer el pago de una pensión de vejez al demandante, con efectividad a partir del 1º de junio de 2015, calculando el IBL de la pensión conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de lo devengado durante los últimos diez (10) años y con los factores salariales establecidos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

Finalmente, a través de la Resolución VPB 8965 del 23 de febrero de 2016, se desató el recurso de apelación en el cual la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES- modificó la Resolución No. GNR 312330 de 2015 en cuanto al tiempo de cotización, y negó la reliquidación con el último año de servicios con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

En virtud de lo expuesto, acogiendo el criterio jurisprudencial antedicho, es claro que en el presente caso ha debido liquidarse la pensión del demandante en cuantía del 75% de los factores devengados en el último año de servicios (1º de junio de 2014 y el 31 de mayo de 2015), entiéndase los factores que fueron certificados por el empleador, en este caso por la Oficina de la Secretaría General y los Grupos de Archivo y Correspondencia y Tesorería de la UPTC de Tunja y que fueron discriminados (fl. 110 vto. y 111) así:

- Sueldo devengado⁸
- Prima técnica
- Bonificación de servicios prestados
- Prima de servicios
- Prima de vacaciones
- Prima de navidad

Y no los que sucintamente fueron diligenciados en el formulario del Ministerio de Salud y Protección Social para el efecto, esto es, en el formato No. 3(B) certificación de salario mes a mes donde adicional a la asignación básica⁹ y a la prima técnica¹⁰ se consignó en la casilla denominada "*otros factores salariales pagados en el mes certificado (Dto. 1158)*" (fl. 35) sin discriminación alguna los demás factores devengados, con lo cual la entidad se justifica e insiste en que son los expresamente consagrados en el Decreto 1158 de 1994 cuando dicho argumento ha sido revaluado por la jurisprudencia, según se señaló en precedencia.

Se aclara que la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, se encuentran enlistados dentro de los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 "*para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y los trabajadores oficiales*". Por tanto es procedente su inclusión en el IBL. Que si bien es cierto que el mencionado decreto no ampara el derecho pensional de quien demanda, pues, como ya se expuso, el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, el Consejo de Estado ha señalado que los factores enlistados (sin ser

⁸ Sueldo adicional por encargo. *Por razón de la comisión que ejerció el demandante en un cargo de libre nombramiento y remoción de Asesor, código 1020, grado 03 de la planta Global de la UPTC (Resolución No. 3989 del 10 de noviembre de 2009).*

⁹ *En la cual se encuentra incluida -el sueldo adicional por encargo- que también es salario, como quiera que implica la retribución de los servicios prestados por el demandante en el cargo de Asesor que también desempeñó pero por encargo.*

¹⁰ *Dicha prima fue tomada en cuenta por la entidad accionada como factor salarial para calcular la mesada durante los últimos diez (10) años de servicios, según se advierte de la historia de ingresos base de liquidación vista a folio 136 y s. del expediente.*

176

taxativos) en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 "constituye 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." (Consejo de Estado. Sección Segunda. Providencia del 8 de agosto de 2011, exp. 1120-09, M.P. Alfonso Vargas Rincón)

4. Conclusión:

Por lo anteriormente expuesto, como quiera que la negativa de reliquidación de la mesada pensional del demandante incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, resulta contraria al marco legal y jurisprudencial atrás expuesto, y teniendo en cuenta que la prestación se liquidó con los factores devengados en los últimos diez (10) años, el Despacho procederá a declarar la nulidad de la Resolución VPB 8965 de 23 de febrero de 2016 y la nulidad parcial del artículo segundo de la Resolución No. 312330 del 13 de octubre de 2015 proferidas por la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES en lo que se refiere a la inclusión de los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicio.

Así mismo, como quiera que la Resolución No. 312330 de 2015 revocó la Resolución No. GNR 31888 de 2015, el Despacho se abstendrá de declarar la nulidad solicitada en la pretensión primera de la demanda, reiterando que dicho acto administrativo de reconocimiento pensional fue revocado por la entidad demandada, según se señaló en precedencia, sin que sea factible hacer pronunciamiento alguno al respecto, por cuanto se tornaría nugatoria la decisión de declarar la nulidad de un acto que ya fue revocado por la misma entidad accionada.

Ahora bien, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de vejez del señor ALVARO HUMBERTO GÓMEZ RODRÍGUEZ con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios (01 de junio de 2014 al 31 de mayo de 2015), estos son además de los ya reconocidos (asignación básica y prima técnica) la 1/12 prima de servicios, la 1/12 prima de navidad, la 1/12 prima de vacaciones y la 1/12 bonificación por servicios. Reliquidación que será efectiva a partir de la fecha de retiro del servicio, esto es, desde el 1º junio de 2015.

Se advierte a la entidad que sobre los factores que se ordena incluir en el IBL deben tenerse en cuenta también los reajuste de ley que

fueron efectuados en el mes de mayo de 2015 sobre el sueldo, la prima técnica, la bonificación de servicios prestados y la prima de vacaciones del actor (fl. 43 y 111 vto.), como quiera que hacen parte de los componentes de salario devengados por el actor.

Así mismo se ordenará el pago de las diferencias que resultaren entre la mesada ya reconocida por la entidad y la que se liquide conforme a lo expuesto en esta sentencia.

Finalmente, precisa el Despacho que como se señaló en audiencia inicial realizada el 10 de noviembre de 2016 (fls. 85) al pronunciarse sobre las excepciones de merito de "*inexistencia de la obligación*", "*cobro de lo no debido*", "*inaplicabilidad del IBL del salario promedio- último año de servicios*", "*buena fe*" e "*inexistencia de intereses moratorios*", constituyen argumentos de defensa, por lo que no es necesario emitir pronunciamiento alguno respecto de cada uno de ellos, como quiera que los mismos se satisfacen con las consideraciones esbozadas para la resolución del presente caso.

5.- De la prescripción:

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, a falta de norma expresa, se aplica la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del 1848 de 1969. En virtud de estas normas, la prescripción se interrumpe por un lapso igual con: *i)* el simple reclamo escrito del empleado, *ii)* presentado ante la autoridad competente, e *iii)* identificando el derecho o prestación reclamado.

Pues bien, se observa que la liquidación de la pensión del demandante fue reconocida mediante Resolución No. GNR 312330 del 13 de octubre de 2015, efectiva a partir del 1º de junio de 2015 (fl. 23 s), interrumpiéndose la prescripción con la presentación de la demanda (23 de mayo de 2016, fl. 50), razón por la cual se concluye que la prescripción no operó en el caso de autos.

6.- De los aportes:

En virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal, debe existir correspondencia entre los factores sobre los que se calculan los aportes a la seguridad social y los que constituyen el ingreso base de liquidación de la pensión. En casos como en el presente, en el que no se cotizó respecto de todos los factores con los que se ordena la reliquidación de la prestación, se impone

177

ordenar a la entidad que al momento de reconocer y pagar las diferencias causadas, efectúe el descuento que corresponda a los aportes sobre aquellos factores que no fueron objeto de cotización en su momento.

Atendiendo la posición asumida y reiterada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, 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 acudirse 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).

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. Sin embargo, como quiera que en el expediente se pudo verificar que la Entidad al momento de liquidar la prestación tuvo en cuenta los siguientes factores: asignación básica y prima técnica (fl. 131 vto. y 132), se dispondrá que se efectúe las correspondientes deducciones, solo respecto de los siguientes factores salariales que se ordena incluir, y en el evento en que no se hubieren realizado: prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por servicios prestados, respecto de los últimos cinco (5) años anteriores al retiro del servicio del demandante como empleado público (2010-2015).

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).

7.-De las costas y agencias en derecho:

Se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho la suma del 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de ciento cincuenta y dos mil seiscientos seis pesos (\$152.606).

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar **NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, según las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: ABSTENERSE de declarar la nulidad de la Resolución No. GNR 31888 del 21 de enero de 2015, por las consideraciones expuestas.

TERCERO: Declarar la **NULIDAD** de la Resolución No. VPB 8965 del 23 de febrero de 2016 proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, según lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Declarar la **NULIDAD PARCIAL** del artículo segundo de la Resolución No. GNR 312330 del 13 de octubre de 2015, proferidas por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, en lo que se refiere a la inclusión de los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicio, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, a reliquidar la pensión de vejez del señor ÁLVARO HUMBERTO GÓMEZ RODRÍGUEZ identificado con C.C. No. 6.761.623, efectiva desde el **01 de junio de 2015**, teniendo en cuenta para ello el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado entre el 1º de junio de 2014 al 31 de mayo de 2015, incluyendo en la base de liquidación, además de los ya reconocidos (asignación básica y prima técnica),

la 1/12 prima de servicios, la 1/12 prima de navidad, la 1/12 prima de vacaciones y la 1/12 bonificación por servicios.

Se advierte a la entidad que sobre los factores que se ordena incluir en el IBL de la pensión de vejez deben tenerse en cuenta también los reajustes de ley efectuados en el mes de mayo de 2015 sobre el sueldo, la prima técnica, la bonificación de servicios prestados y la prima de vacaciones del actor (fl. 43 y 111 vto.).

SEXTO: Las sumas que resulten en favor de la accionante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Además, se dispondrá que de las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas e igualmente de las diferencias salariales, deberán hacerse los descuentos con destino a seguridad social en salud.

SEPTIMO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES- deberá descontar de las anteriores sumas los aportes que no se hubieran efectuado para pensión respecto de los siguientes factores salariales (prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por servicios prestados) que se ordena incluir en la reliquidación, correspondiente a los cinco (5) años anteriores al retiro del servicio

del señor ALVARO HUMBERTO GÓMEZ RODRÍGUEZ como empleado público (2010-2015); sumas que deberán ser actualizadas con el IPC. El monto de máximo de descuento por este concepto no podrá superar el valor de la condena a su favor.

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

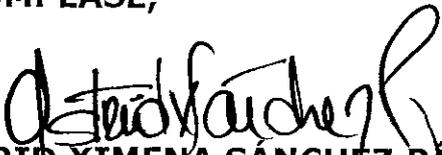
DECIMO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese a cargo de la parte vencida como agencias en derecho la suma del 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de ciento cincuenta y dos mil seiscientos seis pesos m/cte. (\$152.606).

DÉCIMO PRIMERO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO SEGUNDO: 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.

DECIMO TERCERO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

