



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, ocho (8) de julio de dos mil quince (2015)

Referencia: 150013333011-2013-00257-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: LUIS FERNANDO OCHOA CAMARGO

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-.

De conformidad con lo previsto en los artículos 181 y 187 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a decidir en primera instancia sobre la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por LUIS FERNANDO OCHOA CAMARGO en contra del UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

I. ANTECEDENTES

El señor LUIS FERNANDO OCHOA CAMARGO por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de la nulidad parcial de la Resolución No.RDP 033033 del 22 de julio de 2013, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación y la nulidad de la Resolución No. RDP 040370 del 30 de agosto de 2013, mediante la cual se resuelve un recurso de apelación negando la reliquidación de la misma prestación.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la demandada reliquidar y pagar la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y además pagar en forma indexada las sumas de dinero dejadas de cancelar.

Así mismo, pide que se cobren los intereses moratorios, en el evento en que la Entidad demandada no de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192, 193 y 195 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011.

2. Fundamentos Fácticos:

Como sustento de las pretensiones el apoderado de la parte actora refiere que el demandante laboró al servicio del Estado en la Secretaría de Salud desde el 1º de julio de 1974 hasta el 1º de marzo de 1975, luego en la ESE Hospital Regional de Duitama desde el 1º de marzo de 1975 hasta el 7 de julio de 1977 y finalmente en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a partir del 13 de abril de 1988 hasta el 30 de abril de 2013, fecha del retiro definitivo del servicio.

Refiere que el demandante nació el 28 de septiembre de 1953 y adquirió su status jurídico el 28 de septiembre de 2008, por haber cumplido 55 años de edad y 20 años de servicio.

Indica que al actor le fue reconocida la pensión de jubilación incluyendo los factores de asignación básica y bonificación por servicios prestados devengados durante los últimos diez años, por lo que se solicita la reliquidación con la inclusión de los factores percibidos en el último año e incluyendo la fecha de retiro definitivo; petición que fue resuelta mediante Resolución No.RDP 033033 de 22 de julio de 2013 reliquidando la pensión respecto de la cuantía pero reiterando los mismos factores devengados en los últimos 10 años de servicio. Frente a este último acto administrativo, interpuso recurso de apelación, al que se le dio contestación a través de la Resolución No.RDP 040370 de 30 de agosto de 2013, la cual confirmó la resolución impugnada.

Por último, señala que el demandante se retiró del servicio a partir del 1º de mayo de 2013, tal como se advierte de la Resolución No.018 del 14 de enero del mismo año, expedida por la Asesora del Despacho de la Dirección General Encargada de las Funciones de Directora del ICBF Regional Boyacá.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

El apoderado de la parte actora señala como vulnerados los artículos 2, 6, 13, 25 y 58 de la Constitución Política, 10 del Código Civil, 5 del Ley 57 de 1887; Decreto 1743 de 1966 y las Leyes 4ª de 1966, 33 y 62 de 1985 y 1437 de 2011 en su artículo 10, así como la Jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado.

Refiere que al negar la reliquidación de la pensión de jubilación se vulnera el derecho a la igualdad del actor frente a otros pensionados a quienes si se les incluyó la totalidad de factores salariales.

Señala que con la expedición de los actos administrativos demandados, la entidad demandada desconoce el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado frente al tema. Agrega que la pensión del actor fue reconocida y reliquidada teniendo en cuenta los factores salariales a que se refiere el Decreto 1158 de 1994 devengados durante los últimos diez años, cuando lo que procede es que se liquide con los factores devengados en el último año de servicios, tal y como lo establecen la Ley 4ª de 1966 y el Decreto 1743 de 1966 incluyendo los factores enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, los cuales no son taxativos sino enunciativos.

Luego de transcribir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concluye que el accionante se encuentra amparado por el Régimen de Transición de que trata la referida norma, por cuanto al 1º de abril de 1994 tenía más de 15 años de servicio y 40 años de edad.

Transcribe algunos artículos de las Leyes 33 y 62 de 1985, 4ª de 1966 y el Decreto 1743 de 1966 y explica que pese a que en dichos preceptos legales se enuncian los factores salariales, el Consejo de Estado ya determinó las pensiones deben ser liquidadas con base en todo lo que el trabajador recibe en forma mensual o periódica, pues todo lo que recibe constituye salario. A renglón seguido cita apartes de la Sentencia de 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Indica que *“...el concepto salario implica todo lo que constituye remuneración al trabajo como los sueldos, primas, bonificaciones, etc., excluyendo de tal concepto de las sumas que por mera liberalidad patronal recibe el trabajador...”* (f.9) y aclara que son salario todas las sumas que percibe el trabajador como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Reitera los argumentos en relación con las normas violadas y frente a la renuencia de la Entidad demandada en cuanto a la aplicación de la Sentencia de Unificación, indica que *“...las sentencias Unificadas de las Altas Cortes traen como consecuencia la existencia de la SEGURIDAD JURÍDICA que debe existir en un Estado Social de Derecho y en este caso, se encuentra plasmada como derecho en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011...”* (f.10).

Hace referencia a la sentencia C-168 de 1995 proferida por la Corte Constitucional en relación con el principio de favorabilidad en materia de regímenes de transición y repite que la pensión del demandante debe ser reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por cumplir los requisitos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993;

pues de lo contrario se estarían desconociendo los principios de irrenunciabilidad de los derechos y garantías sociales y la condición más beneficiosa para el pensionado.

Manifiesta que los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación, como quiera que no tuvieron en cuenta que los factores indicados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos sino enunciativos según lo señaló la Corte en la ya mencionada Sentencia de Unificación, en la que se expresa con claridad que *“...se debe liquidar la pensión de jubilación a los pensionados que se encuentran amparados en el régimen de transición, con todos los factores salariales que habitual y periódicamente haya devengado en el último año de servicios...”* (f.12)

4. Contestación de la demanda.

La Entidad demandada a folios 117 a 127, se opone a la prosperidad de las pretensiones invocadas en la demanda, por carecer de fundamentos de derecho. Así mismo, solicita que de prosperar las pretensiones, los efectos fiscales de la condena se ordenen a partir de la notificación del correspondiente fallo.

Indica que los actos administrativos fueron expedidos de conformidad con lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 en relación con el régimen de transición.

Expresa que por haber trabajado en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el demandante se regía por un régimen especial que aplicaba a los funcionarios públicos, pero por adquirir su status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por disposición del Decreto 691 de 1994, quedó cobijado por el nuevo régimen general de pensiones y al cumplir los requisitos establecidos en la mencionada Ley quedó sujeto al régimen de transición contemplado en el artículo 36 ibídem que le permitiría pensionarse con los beneficios del régimen anterior, a saber, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión.

Expone que la pensión del actor fue liquidada teniendo en cuenta los factores salariales que se encuentran taxativamente señalados en el Decreto 1158 de 1994 y que fueron debidamente certificados. Adiciona que los factores solicitados en la demanda no están enlistados en dicha norma y además no tienen relación directa con el servicio, pues no todo emolumento recibido por el trabajador constituye salario y menos aún factor salarial.

Señala que la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-258 de 2013, consideró que *“...una interpretación que permita la inclusión de todos los factores salariales sin que se tenga en consideración se estos tienen el carácter remunerativo o si sobre estos se realizó cotización al Sistema General de Pensiones es inconstitucional puesto que va en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social...”* (f.120). Resalta que los pronunciamientos de dicha Corporación son de obligatorio cumplimiento y que dicha interpretación es acertada, por lo que es válido en este

caso apartarse del precedente del Consejo de Estado en materia del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Asegura que el principio de solidaridad prescribe que los aportes que realiza el afiliado constituyen los mismos sobre los que se debe liquidar la pensión, pues en caso contrario implicaría un desequilibrio en el sistema financiero del Régimen General de Pensiones. En tal sentido, precisa que el principio de sostenibilidad presupuestal implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello.

Concluye que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que adquirió su pensión con 55 años de edad, 20 años de servicio y el 75% como monto de la pensión; no obstante, en lo que tiene que ver con el período y los factores a tener en cuenta para liquidar la prestación se dio aplicación al Decreto Reglamentario 1158 de 1994, por lo que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez será el promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio el tiempo que les hiciere falta para ello.

Finalmente, asegura que en el *sub lite* debe acudir al criterio expuesto por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-258 de 2013, consistente en que el monto de las mesadas pensionales corresponderá única y exclusivamente a los factores salariales efectivamente cotizados; interpretación que tiene como fundamento los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad del Sistema de Seguridad Social Integral. Agrega que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 impone el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, el cual según explicó dicha Corporación, exige que se apliquen de forma preferente las Sentencias de Constitucionalidad.

Como excepciones propuso las siguientes:

“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, fundamentada en que el reconocimiento de la pensión de jubilación se realizó conforme a las normas legales existentes, pues para calcular la edad, el tiempo de servicio y el monto de la prestación se tuvo en cuenta el régimen anterior y para determinar los factores salariales se siguieron los parámetros contenidos en la Ley 100 de 1993.

“inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales”, basada en que la UGPP ha actuado conforme a las normas que rigen la materia.

“Prescripción de mesadas”, fundada en que en el evento de acceder a las pretensiones, se declare la prescripción de las mesadas con 3 años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda, conforme lo dispone el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 30 de enero de 2014 (fls.59-60), ordenando notificar personalmente a la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP. (fl.82).

Mediante auto de fecha 19 de marzo de 2015, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial (fls. 136-137), la cual se llevó a cabo el 27 de abril de 2015 (fls. 142-146) y en la misma se dispuso como fecha para adelantar audiencia de pruebas el día 25 de mayo de 2015, fecha en la que efectivamente se adelantó (fls. 162-163), se logró el recaudo probatorio y se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte actora presentó escrito de alegatos (fls.176-178) reiterando los argumentos de la demanda dirigidos a explicar que el demandante está cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que su pensión debe ser reliquidada con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en atención al principio de favorabilidad y al precedente jurisprudencial.

La apoderada de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión dentro del término señalado para el efecto (fls.179-185). Insiste en todos los fundamentos y consideraciones esbozados en la contestación de la demanda y agrega que en el presente caso debe darse aplicación a la Sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, M.P. Jorge Pretelt Chaljub, en la que la Corte Constitucional *"...reitera la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición, y ratifica la posición que tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la misma Corte Constitucional-en sentencias C-258/13, T-892/13 y T-078/14- han tenido al respecto, y que soporta la posición asumida por la Entidad: que las mesadas en régimen de transición se liquidan con edad, tiempo en cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendiendo monto única y exclusivamente como tasa de reemplazo, pero que período de liquidación y factores, es decir, el cálculo del IBL, se hace con las reglas contenidas en la propia ley 100 de 1993..."* (f.185)

III. CONSIDERACIONES

Surtido el trámite de segunda instancia y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, advirtiendo que las excepciones fueron decididas en la audiencia inicial por lo que no hay lugar a realizar pronunciamiento en torno a éstas, salvo la

excepción de prescripción cuyo análisis se supeditó a la prosperidad de las pretensiones.

1. PROBLEMA JURÍDICO.

La controversia en el caso de autos se contrae a determinar si las Resoluciones Número N° (i) RDP 033033 de 22 de julio de 2013 "Por la cual se ordena la reliquidación de una pensión mensual vitalicia de vejez"; (ii) RDP 040370 de 30 de agosto de 2013, "Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 33033 del 22 de julio de 2013", se encuentran incursas en alguna causal de nulidad; así como establecer si el señor LUIS FERNANDO OCHOA CAMARGO, tiene derecho a la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación con la inclusión de todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicio.

Así las cosas el despacho se pronunciará sobre los siguientes ítems.

2.- MARCO LEGAL:

2.1. De las disposiciones que rigen la situación jurídica del demandante

Durante el período laboral en el que prestó sus servicios el actor se dieron cambios en la normativa que rige la materia pensional, por lo que es del caso puntualizarlos, a fin de determinar cuál es el que rige su situación jurídica y el alcance que tienen el régimen de transición.

2.2. Alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

A efectos de establecer si asiste razón al demandante es del caso analizar el alcance del régimen de transición. El Despacho advierte que dicho régimen fue consagrado así:

"Artículo 36. Régimen de Transición. (...)

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para

adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.”

La norma permitió que la situación jurídica de los hombres que tuviesen más de 40 años, las mujeres mayores de 35 años o quienes contaran con 15 años de servicio cotizados al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, se rigiera por el régimen anterior en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, la edad y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas necesarias para obtener el derecho pensional.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia¹ *“la transición creada en la Ley 100 de 1993 constituye una excepción al régimen común de vigencia de las normas en el tiempo porque a pesar de no haberse causado el derecho a exigir pensión de jubilación, los cambios normativos que afecten las condiciones para acceder a ella y el monto de las mesadas, no tienen aplicación frente a quienes por estar en transición conservan su derecho al régimen anterior”*.

Ahora bien, según lo ha indicado la jurisprudencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión; lo anterior, en virtud a que si bien el inciso 2º establece que para las personas cobijadas con el régimen de transición el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas vigentes antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, en el inciso tercero se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión. Contradicción que la jurisprudencia² ha expuesto y zanjado así:

*“3. El inciso 2º del artículo 36 de la mencionada ley, establece:
(...)*

*Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.
(...)*

Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “monto” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de

¹ Consejo de Estado; Sección Segunda, sentencia proferida el 12 de mayo de 2005, Exp. No. 25000-23-25-000-2000-04685-01 (2938-04).

² Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No.470-99.

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.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2° en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2°."

Así mismo, señaló la jurisprudencia³:

"... no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inócuo el régimen preferencial transitorio".

De lo anterior se colige que el monto de la pensión, que incluye el porcentaje y la base de la liquidación, se rige para las personas amparadas en el régimen de transición por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en aplicación al *indubio pro operario* previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

³ Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. No.

Así las cosas, la base de liquidación de las pensiones que corresponden a los trabajadores que se encuentran sometidos al régimen previsto en la Ley 33 de 1985 se determina conforme a lo previsto en la Ley 62 de 1985.

En efecto, la suscrita Juez advierte que la Ley 62 de 1985, estableció un listado de factores con los cuales deben ser liquidadas las pensiones. Algunas sentencias adoptaron la tesis según la cual los factores enlistados eran los únicos que podían ser tenidos en cuenta en la base de liquidación, mientras que otra corriente de fallos optó por señalar que éstos no eran taxativos, razón por la cual dichas providencias ordenaban incluir algunos que no estaban mencionados en la ley. Este debate jurisprudencial culminó con la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado, en la que determinó que los factores de liquidación que deben tenerse en cuenta para liquidar las pensiones bajo el régimen de la Ley 33 y 62 de 1985 se establece de la siguiente manera:

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

“Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978...”⁴.

Advirtió el Alto Tribunal que ello es así en razón al carácter de salario diferido que tiene la pensión y en atención a los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral; así mismo precisó que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso a las prestaciones sociales o en justificación

⁴ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., cuatra (4) de agosto de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actar: Luis Maria Velandia. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

a la disminución de sus garantías, fundamentos que por ser compartidos por este Despacho, serán acogidos en su totalidad.

Así las cosas, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, así como las prestaciones a las cuales el Decreto 1045 de 1978 le dio la connotación de salarial para liquidar pensiones y cesantías, deberán ser incluidos en la base de liquidación de la pensión.

2.3.- CASO CONCRETO

Se advierte que al momento de estudiar la Sentencia proferida por la Corte Constitucional SU-230 de 29 de abril de 2015 del M.P. Jorge Pretelt Chaljub, de la que hizo mención la Entidad demandada en sus alegatos de conclusión para que fuera aplicada al *sub lite*; se pudo verificar que dicha providencia no ha sido publicada por la Corporación, pues si bien aparece un extracto en un comunicado emitido por dicha Corporación, cuando el Juez va a proferir las decisiones no puede valerse de sentencias de las que no puede estudiar su contenido íntegro toda vez que es necesario observar el texto completo para analizar su alcance.

Precisado lo anterior, conforme a los argumentos expuestos y referentes jurisprudenciales y sentencia de Unificación en materia de liquidación pensional advierte el despacho que las pretensiones tienen vocación de prosperidad.

En consecuencia y contrario a lo manifestado por la accionada, dado que el régimen de transición no puede limitarse a determinados aspectos, se debe entender que la situación jurídica del demandante se rige en forma integral por el régimen anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, entonces, el señor Luis Fernando Ochoa Camargo al ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, tenía derecho a que su pensión le fuese liquidada, en cuantía del **75% del promedio de los factores reclamados en el caso *sub lite* y que fueron devengados por el demandante en el último año de servicios**.

Según se desprende del acervo probatorio, el accionante nació el 28 de septiembre de 1953 (fl. 16) y laboró del 1º de julio de 1974 al 7 de julio de 1977 y del 13 de abril de 1988 al 30 de abril de 2013 (f.26), por ende la situación del demandante no se rige por las normas anteriores a la Ley 33 de 1985, debido a que al momento en que se expidió dicha ley no contaba con 15 años de servicio, requisito indispensable para ser beneficiario del régimen de transición.

En suma se colige que el demandante se pensionó cuando se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993; y que al momento en que ésta entró a regir, contaba con 40 años de edad, por lo que se encontraba protegido por el régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem, el cual permite la aplicación de la Ley 33 de 1985.

Establecido el régimen que rige la situación jurídica del demandante, se observa que a éste le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación

condicionada a la fecha de retiro mediante Resolución No. UGM 022360 del 27 de diciembre de 2011 (fls. 17-20), con efectos a partir del 1º de octubre de 2011; pensión que fue reliquidada por medio de la Resolución No. UGM 033033 del 22 de julio de 2013 (fls. 25-27), incluyendo los factores salariales devengados durante los últimos diez años de servicio a la fecha de retiro. Que a través de la petición radicada el **27 de junio de 2013** (fl. 33-35), solicita se reliquide su pensión con la inclusión de factores salariales devengados en el último año de servicio, esto es, incluyendo ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, BONIFICACIÓN PRIMER SEMESTRE (PRIMA DE SERVICIOS), BONIFICACIÓN SEGUNDO SEMESTRE (PRIMA DE NAVIDAD), PRIMA DE VACACIONES Y BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN.

Sin embargo, en cuanto a la **Bonificación por recreación**, se tiene que la misma es regulada anualmente en los Decretos por medio de los cuales se “*fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y se dictan otras disposiciones*”, entre ellos se encuentran los Decretos 2710 de 2001 (artículo 15), 660 de 2002 (art. 14), 3335 de 2003 (art. 14), 4150 de 2004 (art. 14) y 916 de 2005 (art. 14), entre otros, los que han sido unísonos en indicar:

“BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado.” (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo a las normas citadas, es claro que al no constituir factor salarial la bonificación por recreación no puede ser tomada en cuenta la base de liquidación de la pensión. En un caso similar al de autos el Consejo de Estado se pronunció en el mismo sentido al señalar “*la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a lo pretendido por la demandante*”⁵.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección o. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aronguren. Bogotá, D.C., 22 de noviembre de 2012. Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00528-01(2330-11). Actor: Omoiro Neiro Amoya. Demandada: Municipio de Girón y otros.

En este punto, se advierte que en el proceso aparecen dos constancias expedidas por la Coordinadora del Grupo Administrativo del ICBF Regional Boyacá, en las que se certifican los factores salariales devengados desde el 1º de mayo de 2012 al 30 de abril de 2013, discriminando aquellos respecto de los cuales se hicieron aportes para pensión y cuales no fueron objeto de tal deducción; no obstante, tal diferenciación no es óbice para tenerlos como factores salariales al momento de liquidar la pensión, pues de no haberse efectuado los descuentos de Ley, la entidad podrá hacerlo al momento de realizar la reliquidación que se ordene en el presente fallo.

Según Resolución que reliquida la pensión al demandante se le tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, devengados durante los últimos 10 años; no obstante en aplicación a las disposiciones antes citadas el demandante tiene derecho a que su pensión mensual vitalicia de jubilación se liquide con la inclusión de los factores salariales reclamados en el proceso administrativo, esto es, desde el 1º de mayo de 2012 al 30 de abril de 2013 (fls. 160-161) por lo que la pensión debe liquidarse con ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, BONIFICACIÓN PRIMER SEMESTRE (PRIMA DE SERVICIOS), BONIFICACIÓN SEGUNDO SEMESTRE (PRIMA DE NAVIDAD) y PRIMA DE VACACIONES.

Así las cosas, se impone declarar la nulidad de las Resoluciones Número N° (i) RDP 033033 de 22 de julio de 2013 “Por la cual se ordena la reliquidación de una pensión mensual vitalicia de vejez”; (ii) RDP 040370 de 30 de agosto de 2013, “Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 33033 del 22 de julio de 2013”

2.4. De la prescripción.

Es del caso precisar que por tratarse de una prestación de carácter periódico, las mesadas pensionales pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, vale decir, no opera la caducidad de la acción; sin embargo, sí hay lugar a la prescripción del derecho a percibir las. En lo pertinente el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

“1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual”.

En consonancia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el

sujeto afectado desde el momento que se hacen exigibles. Así las cosas tenemos que la pensión de la actora fue reconocida a través de la Resolución N° UGM 036856 del 6 de marzo de 2012, efectiva a partir del 1° de octubre de 2011 (f.17 s.s.), interrumpiéndose la prescripción con la solicitud de liquidación de 27 de junio de 2013 (f.33 s.), razón por la cual el Despacho advierte que el fenómeno prescriptivo no operó respecto de las pretensiones.

3.- Conclusión.

En suma, se declarará la nulidad de las Resoluciones Número N° (i) RDP 033033 de 22 de julio de 2013 “Por la cual se ordena la reliquidación de una pensión mensual vitalicia de vejez”; (ii) RDP 040370 de 30 de agosto de 2013, “Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 33033 del 22 de julio de 2013”, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- a reliquidar y pagar al señor LUIS FERNANDO OCHOA CAMARGO identificado con C. C. No. 9.517.846, el valor de la pensión incluyendo en la base de liquidación, las diferencias de la asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación primer semestre (prima de servicios), bonificación segundo semestre (prima de navidad) y prima de vacaciones; advirtiéndole a la entidad demandada, que si el accionante no cotizó sobre dichos factores, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 1° de la Ley 33 de 1985, debe realizar las deducciones correspondientes de las sumas de dineros a reconocer a cargo del demandante.

Finalmente, como ya se explicó, no es posible acceder a la solicitud de inclusión del emolumento bonificación por recreación devengado por el actor en la pensión de jubilación que percibe, por cuanto no constituye factor salarial.

IV. COSTAS.

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

Respecto de las agencias en derecho, las mismas se establecen teniendo en cuenta la tarifa prevista por el numeral III del Acuerdo 1887 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que se fijará el 1% del valor de las pretensiones.

V. DECISIÓN.

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

FALLA.

PRIMERO: Declárase la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución RDP 033033 de 22 de julio de 2013, expedida por la UGPP, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Declárase la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución RDP 040370 de 30 de agosto de 2013, expedido por la UGPP, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, ORDENASE a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP a reajustar reliquidar y pagar al señor LUIS FERNANDO OCHOA CAMARGO identificado con C. C. No. 9.517.846, el valor de la pensión incluyendo en la base de liquidación, las prestaciones devengadas durante el último año de servicios consistentes en asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación primer semestre (prima de servicios), bonificación segundo semestre (prima de navidad) y prima de vacaciones. Se advierte a la entidad demandada, que si el accionante no cotizó sobre los factores aquí enlistados, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 1º de la Ley 33 de 1985, debe hacer las deducciones correspondientes de las sumas de dineros a reconocer.

CUARTO: ORDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP a pagar indexación de las sumas adeudadas de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del CPACA a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula en matemática financiera acogida por el H. Consejo de Estado y devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

R = R.H. Índice final

Índice inicial

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, 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 sentencia, por el índice inicial a la fecha que debió hacerse el pago.

QUINTO: Niéganse las demás pretensiones.

SEXTO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría.

SÉPTIMO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, y para efectos cumplir lo ordenado en el numeral anterior fíjese como agencias en derecho la suma del 1% del valor de la condena.

OCTAVO: En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 y 115 del C.G.P. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable expresa remisión del artículo 306 del CPACA.

NOVENO: 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.

DÉCIMO: Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
JUEZ