



*República de Colombia*  
*Rama Judicial del Poder Público*  
*Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja*

Tunja, veintitrés (23) de octubre de dos mil quince (2015)

**Demandante: Elvia María Castañeda de Tocarruncho**  
**Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión**  
**Pensional y Contribuciones Parafiscales**  
**de la Protección Social -UGPP-.**  
**Radicación : 150013333011201400091-00**  
**Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

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 Elvia María Castañeda de Tocarruncho en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Pretensiones**

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Elvia María Castañeda de Tocarruncho, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 037744 de 15 de agosto de 2013, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de sobrevivientes.

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 sobrevivientes, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme al certificado de salarios y prestaciones sociales

devengados en ese año. Solicita además la indexación de la primera mesada pensional del demandante.

Pide que las sumas dejadas de percibir sean actualizadas de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 187 del CPACA, reajustando su valor desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo.

Finalmente, solicita que se condene en costas a la Entidad demandada y que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto en el artículo 192 del CPACA.

## **2. Fundamentos Fácticos:**

Como sustento de las pretensiones el apoderado de la parte actora refiere que el cónyuge de la demandante, el señor Hugo Armando Tocarruncho Fagua (q.e.p.d.) laboró por más de 1.413 semanas en el cargo de celador para la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia ubicada en el Municipio de Tunja.

Que el causante cumplió el requisito de más de 15 años de servicio y 40 años de edad al entrar a regir la Ley 100 de 1993 y que falleció el día 17 de julio de 1999.

Asegura que por haber cumplido los requisitos legales, a la señora Elvia María Castañeda de Tocarruncho le fue reconocida pensión de sobrevivientes a través de la Resolución No.21824 del 13 de septiembre de 2001, la cual fue liquidada teniendo como base el promedio de lo devengado por su cónyuge en los últimos 10 años de servicio.

Manifiesta que el señor Hugo Armando Tocarruncho Fagua (q.e.p.d.) devengó en el último año de servicios los siguientes: salario básico, salario adicional compuesto por horas extras diurnas, horas extras nocturnas, horas extras nocturnas dominicales, recargo trabajo dominical, recargo domingo nocturno, recargo nocturno, sueldo por vacaciones; y los factores salariales de prima de antigüedad, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, bonificación por recreación, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, entre otras.

Por último, señala que a través de las Resoluciones Nos.RDP 037744 del 15 de agosto de 2013 y RDP 043279 de 18 de septiembre de 2013, la UGPP negó la reliquidación de la pensión de la demandante.

### **3. Normas Violadas y Concepto de Violación.**

El apoderado de la parte actora señala como vulnerados los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 58 de la Constitución Política y las Leyes 6ª de 1945, 4ª de 1966, 33 de 1985 y Ley 100 de 1993.

Indica que existe una violación manifiesta a la Ley por cuanto el acto administrativo demandado desconoce que el causante cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto tenía derecho a que su pensión fuera reliquidada con el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Para sustentar su argumento, transcribe apartes de la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Aduce que existe una vulneración directa al artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto la Entidad demandada se niega a ordenar la indexación de la primera mesada pensional, afectando el poder adquisitivo de la misma.

Señala que se desconocen la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto pese a que el causante cumplió los requisitos exigidos por el régimen de transición, la Entidad demandada no tuvo en cuenta lo devengado en el último año de servicios.

### **4. Contestación de la demanda.**

La Entidad demandada a folios 94 a 104, se opone a la prosperidad de las pretensiones invocadas en la demanda, por carecer de fundamento jurídico, al haberse proferido el acto demandado en cumplimiento de los lineamientos establecidos para el reconocimiento pensional en la normatividad vigente y encontrarse amparado en una presunción de legalidad. Así mismo, solicita que en el

evento de ser condenada, los efectos fiscales de la condena surjan a partir de la notificación del correspondiente fallo y el pago se condicione a la entrega de la primera copia que presta mérito ejecutivo.

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 el causante trabajó en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en atención a lo cual venía su situación jurídica se rige por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes, sin embargo, al adquirir su estatus 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 permitió pensionarse con los beneficios del régimen anterior, esto es, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión.

Expone que la pensión de la demandante fue liquidada teniendo en cuenta los factores salariales que se encuentran taxativamente señalados en el Decreto 1158 de 1994 que fueron debidamente certificados. Agrega que los factores solicitados en la demanda no se encuentran enlistados en dicha norma, aunado a que no guardan relación directa con el servicio, pues no todo emolumento recibido por el trabajador constituye salario y menos un 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 si 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.97). 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 causante 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 hiciera falta para ello.

Finalmente, asegura que en el *sub lite* debe acudirse 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 Decreto 1848 de 1969.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 24 de abril de 2014 (fls.49-50), ordenando notificar personalmente a la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP. (f.62).

Mediante auto de 9 de julio de 2015, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial (f.109), la cual se efectuó el 22 de julio de 2015 (fls. 113-117) El día 18 de agosto de 2015, se realizó audiencia de pruebas (fls. 131-132), lográndose el recaudo probatorio, en la referida diligencia se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

### **1.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El apoderado de la parte actora** presentó escrito de alegatos (fls.176-177) reiterando los argumentos de la demanda dirigidos a explicar que la demandante tiene derecho a que le sea reliquidada la pensión sustituida incluyendo la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios al haber estado el acusante cobijado por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, en atención al principio de favorabilidad y al precedente jurisprudencial; de igual forma a acceder a la indexación de la primera mesada pensional.

**La apoderada de la entidad demandada** presentó alegatos de conclusión en el término señalado para el efecto (fls.213-219). Insiste en todos los fundamentos y consideraciones esbozados en la contestación de la demanda y agrega que la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, consideró que una interpretación que permita la inclusión de todos los factores sin tener en cuenta si éstos son de carácter remunerativo o si sobre los mismos se realizó cotización al Sistema General de Pensiones es inconstitucional puesto que va en detrimento del principio de

solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005 y la Sentencia C-608 de 1999 que tiene efectos erga omnes, en atención a lo cual resulta obligatoria la aplicación de dicho criterio jurisprudencial dado que lo que se busca es velar por la sostenibilidad y el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social.

Así mismo indica que 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, entendiéndose 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.218-219).

El **Ministerio Público** rindió concepto luego de referirse a los antecedentes del caso, indicando que el actor cumplió dos de los requisitos del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por lo que le era aplicable la Ley 33 de 1985. Por su parte, en cuanto a la inclusión de todos los factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, sostiene que debe aplicarse el criterio de expuesto en Sentencia Unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila ratificada mediante providencia de 14 de febrero de 2013 de la misma Corporación, consistente en que deben tenerse en cuenta la totalidad de factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicios.

Concluye que la pensión de la actora debe ser reliquidada en los términos señalados por la normativa y la jurisprudencia, precisando que la Entidad accionada debe realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordene y sobre los cuales no haya efectuado la deducción legal.

Agrega que la primera mesada pensional debe ser indexada de acuerdo con el IPC, como quiera que entre el momento en que se retiró definitivamente del servicio

y la adquisición del estatus pensional pues efectivamente perdió su valor adquisitivo, por lo que resulta imperativo la compensación de la primera mesada pensional, de conformidad con el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y tal como lo indicó la Corte Constitucional en providencia C-862 de 2006.

Por último, refiere que debe prosperar la excepción de prescripción planteada por la Entidad demandada, por lo que teniendo en cuenta que la solicitud de reliquidación fue formulada el 5 de agosto de 2013, en el caso concreto “...*quedarían prescritas las mesadas anteriores a partir del 5 de agosto de 2013...*” (f.222 vto.).

### **III. CONSIDERACIONES**

Surtido el trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda.

#### **1. PROBLEMA JURÍDICO.**

La controversia en el caso de autos se contrae a determinar en primer lugar, si las Resoluciones RDP 037744 de 15 de agosto de 2013 y RDP 043279 de 18 de septiembre de 2013, por medio de las cuales se negó la reliquidación de la pensión de sobrevivientes de la accionante; se encuentran incursas en alguna causal de nulidad; en segundo lugar, a establecer si, si el ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante en su calidad de beneficiaria del régimen de transición previsto de la Ley 100 de 1993, se rige por el inciso 3 del artículo 36 de la citada disposición o si por el contrario se determina teniendo en cuenta a lo previsto en el régimen vigente antes de la menciona ley. Así mismo, es del caso precisar si en atención al lapso transcurrido entre la fecha del retiro y aquella en la cual se configuró el estatus pensional hay lugar a la indexación de la primera mesada pensional.

Así las cosas, el Despacho pasa a analizar el fondo del asunto así:

## 2.- MARCO LEGAL:

### 2.1. Alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

En el presente caso existe consenso en cuanto a que la accionante se encuentra amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que el debate se centra en determinar los beneficios que éste otorga.

El Despacho advierte que la discusión ha sido abordada por el Consejo de Estado de manera reiterada, identificando que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, presenta una contradicción en sus incisos segundo y tercero frente al monto de la pensión; conflicto que resolvió aplicando en su integridad el régimen anterior. Al respecto se dijo en sentencia de 21 de septiembre de 2000, expediente con radicación interna No. 470-99:

*“...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 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.*

(...)

*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°...”*

Posición que ha sido reiterada en forma pacífica, es así como en providencia de 28 de octubre de 2004, radicación interna 5884-03, en la misma vía expuesta en el primer pronunciamiento, concluyó la Máxima Corporación que *“...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 inocuo el régimen preferencial transitorio...”.*

Dicha postura, fue prolijada de igual forma, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es así como en sentencia T-414 de 2009 señaló que “...para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985[55], de manera general[56], (...) el servidor público cobijado por el régimen de transición, luego de cumplir los requisitos de edad (55 años) y tiempo de servicios (20 años continuos o discontinuos), tendrá derecho a que la respectiva caja de previsión a la cual se encuentre afiliado en ese momento, reconozca y pague a su favor una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio...”

Tal posición fue expuesta claramente en la sentencia C-258-13, Actor: Germán Calderón España y otros, en la cual hizo un recuento del estado del arte, así:

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

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

*También se ha sostenido que el principio de favorabilidad en materia laboral reconocido en el artículo 53 de la Carta, impone el deber al juez constitucional de elegir la interpretación de un precepto –de orden legal*

*o constitucional- más favorable para los intereses del trabajador, en este caso, pensionado. En este orden, la interpretación más favorable del artículo 36 de la Ley 100 es aquella según la cual se deben aplicar todas las reglas de los regímenes especiales a los beneficiarios del régimen de transición.*

*Por otra parte, la Corporación ha sostenido que las disposiciones que regulan los regímenes pensionales, específicamente las reglas sobre edad, tiempo, tasa de reemplazo, IBL, topes y factores salariales, forman una unidad inescindible y, por tanto, deben aplicarse en su totalidad a los beneficiarios del régimen. En este orden de ideas, se ha precisado que la Administración sólo puede aplicar las reglas generales de Ley 100, especialmente en materia de IBL, topes y factores salariales, cuando expresamente el régimen pensional anterior no haya establecido alguno de ellos”.*

Lo expuesto permite establecer claramente que la posición de los Organos de Cierre, para esa época, en torno a que sólo es posible acudir al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar el ingreso base de liquidación cuando el régimen especial no regule tal aspecto.

La parte demandada acudiendo al mismo fallo C-258-13 argumenta que su aplicación al caso de autos es obligatoria como quiera que sus determinaciones son fuente de derecho y por ende tienen efecto vinculante, por lo que las pensiones deben ser liquidadas de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores del Decreto 1158 de 1994.

El Despacho advierte que indudablemente el decisum y la ratio decidendi de la citada sentencia C-258-13, tienen carácter vinculante y por tanto deben ser acogidos, ello en el ámbito preciso en el cual determinó el mencionado fallo.

El Despacho no comparte los argumentos expuestos por la demandada, por cuanto en la providencia referida, la Corte Constitucional señaló de manera expresa que las consideraciones expuestas frente a las normas cuya inconstitucionalidad analizó, no podían predicarse de disposiciones que regulaban otros regímenes pensionales. En torno **al objeto del fallo** precisó la Corporación:

*“...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 (...) En*

*consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.*

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

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

Así las cosas, la Corporación al proferir la sentencia a que hace referencia la Entidad, estableció en su texto de manera expresa, que los efectos de su fallo **estaban limitados únicamente al régimen pensional especial a que se refería la normativa demandada**, esto es, el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, lo cual resulta razonable dado el carácter rogado de la acción pública de inconstitucionalidad. Luego, no puede decirse que las razones que tuvo la Corte para resolver dicho asunto, se deben aplicar a las demás disposiciones que regulan los distintos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, como las disposiciones en que se fundamentan las pretensiones de la presente demanda no hicieron parte del objeto de estudio que abordó la Corte en el precitado fallo, no se puede concluir que las razones de inconstitucionalidad expuestas allí son aplicables al asunto *sub examine*, pues como bien lo advirtió el mismo pronunciamiento, **la naturaleza de cada régimen pensional es distinto**, de manera que no se puede aplicar dicha sentencia ni siquiera por razones de igualdad, dado que las pensiones de los congresistas (régimen especial) y las de la generalidad de la población (régimen general) no son comparables desde ningún punto de vista.

Véase por ejemplo, que los argumentos relacionados con el sacrificio a que llevaría la transferencia de subsidios públicos excesivos para un grupo de personas que no están en condiciones de vulnerabilidad, solamente es predicable de quienes son beneficiarios de pensiones altas, como es el caso de los congresistas, sin que su situación se pueda comparar con la de la generalidad de la población beneficiaria de los demás sistemas pensionales.

Sobre el tema, precisamente decantó el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia proferida dentro del expediente 15238333001201300422-01, que no es viable extender la interpretación efectuada en la sentencia C-258 de 2013, a personas que no se encuentran reguladas por la norma examinada por la Corte, pues ello “...desconocería el contexto de la decisión para desmembrarla favorablemente o, por lo menos, lejos de su ámbito de análisis, **para acudir a una sentencia dirigida a ‘pensiones altas’ y, en contraste con el sentido de la decisión, aplicarla a ‘pensiones bajas’...**”.

Así las cosas, no se puede concluir que la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013, se fundó en la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y mucho menos que lo expuesto por la Corte es vinculante para los regímenes diferentes a los que se analizaron en la citada sentencia, dado que dicha providencia fue clara en decantar de forma expresa que no era extensiva, razonamiento que además fue reiterado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de 30 de julio de 2015, expediente 150013333011201300214-02, actor Luz María Vargas de García, en el que se señaló que “...ni la parte resolutive ni la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013 pueden extenderse al asunto sub examine relativo a la reliquidación de una pensión de jubilación de conformidad con las reglas establecidas por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y lo dispuesto para el efecto por la Ley 33 de 1985...”.

Refuerza lo expuesto, lo dicho por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación proferida el 12 de septiembre de 2014, en el expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014), en la cual se precisó que el objeto de la Sentencia C-258 de 2013 se encuentra restringido “...sólo a las pensiones congresionales con origen en la Ley 4ª de 1992 -artículo 17- y por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el Decreto 104 de 1994 -artículo 28, sin que se pueda entender allí incluidos los Magistrados que se encuentran

*cobijados por el régimen de transición previsto para la Rama Judicial, por cuanto la Corte en forma expresa señaló que no abordaría la constitucionalidad de éste y otros regímenes...”*

Véase entonces que existe pronunciamiento de unificación del Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que en concordancia con lo expresado en la sentencia C-258 de 2013, permite afirmar que ésta solo tiene efecto vinculante para quienes configuran su derecho pensional en los términos previstos para el régimen pensional especial objeto de dicha decisión.

No obstante lo anterior, la Honorable Corte Constitucional en sentencia Su-230-15 afirmó que *“en la Sentencia C-258 de 2013, respecto de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte determinó que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100...”* y *“fijó unos parámetros de interpretación para la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, especialmente en lo relacionado en su inciso 3º, que establece el modo de calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo...”*, argumento con el cual, considera el Despacho, la propia Corte desconoció lo expuesto en su fallo, pues como se depuró en precedencia, la Sentencia C-258 de 2013, fue clara en decantar de manera expresa, que dicha providencia no podía extenderse a los demás regímenes pensionales en forma automática.

La mencionada contradicción, fue advertida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el fallo proferido en el expediente 15238333001201300422, citado en precedencia, en donde se sostuvo que *“...la Sentencia SU-230 de 2015 no refleja lo expuesto en la sentencia de constitucionalidad y por el contrario, se asume en esta última providencia un alcance que la primera no dio expresamente al caso examinado y que (...) no podría ser interpretado por una sentencia de tutela posterior, avanzando a variar el ámbito de la decisión e incluso de la norma que en ese caso fue estudiada en sede de constitucionalidad...”*, argumento que comparte el presente Despacho, pues como se dilucidó en el análisis que se esbozó frente al citado pronunciamiento C-258 de 2013, en aquella oportunidad la Corte Constitucional no debatió la constitucionalidad o inconstitucionalidad frente al artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por ende la interpretación que efectuó del régimen de transición para los congresistas no es aplicable al régimen general, ni tiene fuerza vinculante para éste.

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

Ahora bien, en criterio de la presente instancia, la sub regla utilizada por la Corte en la sentencia C-258 de 2013, para liquidar el monto de la pensión de los congresistas, resulta lógica, pues como lo ha establecido la misma Corte en su reiterada jurisprudencia, la fórmula contenida en el inciso tercero del citado artículo 36, es aplicable en caso que el régimen especial no haya previsto una forma especial para definir el ingreso base de liquidación.

Pues bien, ha de observarse que para el caso de los congresistas, aunque existía una fórmula de liquidación, la misma desapareció como consecuencia de la declaratoria de inexecutable, por ello, para calcular el monto, resultaba imposible aplicar la regla interpretativa basada en el inciso segundo y por ello debió acudirse a lo dispuesto en el inciso tercero. Dicha circunstancia resulta concordante con lo expuesto en sentencia T-610 de 2009 en la cual se afirmó que “...la regla excepcional que se encuentra contenida en el inciso 3° del artículo en mención sólo resulta aplicable en aquellos eventos en los que el régimen de transición no disponga de una fórmula especial para calcular el ingreso base de liquidación...”

El Despacho resalta además que en la sentencia SU-230 de 2015 se analiza un asunto decidido por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que posee una posición jurisprudencial diferente al de la erigida por la jurisdicción contenciosa. Sobre la obligatoriedad del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional de personas cobijadas por el régimen de transición se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto de 16 de febrero de 2012, Exp.: 11001-03-06-000-2011-00049-00, en el que indicó:

*“...c. Así mismo, es importante resaltar que el precedente establecido por los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones (ordinaria o contenciosa) es relevante al interior de cada una de ellas y respecto de los asuntos que son objeto de su conocimiento; dicho de otro modo, el*

*precedente fijado por la jurisdicción ordinaria o por la contencioso administrativa, no se vuelve vinculante para la otra, pues cada una, dentro de su propia autonomía, puede establecer las reglas de interpretación de los asuntos sometidos a su conocimiento. Esto es especialmente importante en el tema consultado, pues respecto de los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado es diferente a la fijada por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de su competencia, de forma que lo dicho en cada jurisdicción no es trasladable necesariamente a la otra...”*

Al observar la sentencia SU-230 de 2015, el Despacho encuentra como elemento de disanalogía, que en dicha sentencia se analiza un caso de un trabajador oficial, lo que también contribuye a concluir que tal determinación no resulta aplicable al caso de autos, como quiera que en el presente caso se decide en torno a la situación jurídica de un empleado público.

En suma, el Despacho concluye que se impone apartarse de la previsión efectuada por la sentencia SU-230 de 2015, pues el citado fallo se basa en una afirmación que contradice **el objeto** de la sentencia C-258 de 2013; y por ende, el alcance de la cosa juzgada constitucional que fijó el mencionado fallo; amén de que en él se analiza un caso de un trabajador oficial que no se aviene con el estudio que debe efectuarse en el sub lite.

Conforme a lo expuesto, se concluye que en aquellos casos que el trabajador es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es preciso liquidar el monto de la pensión atendiendo a lo dispuesto en el régimen anterior, que para el presente caso es la Ley 33 de 1985, la cual señala como base para la liquidación el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) incluyendo todos los factores que constituyen salario, devengados durante el último año de servicios.

El Despacho acoge y acata el precedente vertical que se ha mantenido incólume en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que frente al tema, en fallo de 13 de febrero de 2014, radicado interno 2378-12, señaló que “...*el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que a las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, se les aplicará en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia. Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada norma, para*

*establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la Ley, pues la normatividad anterior señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la Ley en los términos ya indicados... ”.*

Así las cosas, se comparte en forma integral, los argumentos jurídicos en los cuales se funda la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, los cuales deben ser acatados obligatoriamente por los jueces y tribunales de la jurisdicción, habida cuenta que como lo recordó el Tribunal Administrativo de Boyacá, “...la función de unificar los criterios e interpretaciones del ordenamiento jurídico está confiada a los órganos de cierre de las instancias en las distintas especialidades... ”.

## 2.2 De los factores de liquidación

En lo que concierne a los factores de liquidación, se advierte que la Ley 62 de 1985, estableció un listado de factores con los cuales deben ser liquidadas las pensiones. Si bien en un comienzo la jurisprudencia no fue pacífica en torno a los factores que debían tenerse en cuenta, este debate jurisprudencial culminó con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, en el expediente Radicado con el No. Interno 0112-09, Actor: Luis Mario Velandia, en la que determinó que:

*“...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...”.<sup>1</sup> (Negrilla fuera de texto).*

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 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**

Precisado lo anterior, conforme a los argumentos expuestos, referentes jurisprudenciales y sentencias de Unificación en materia de liquidación pensional advierte el Despacho que las pretensiones de la demanda 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 de la demandante se rige en forma integral por el régimen anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1991, entonces, la señora Elvia María Castañeda de Tocarruncho al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en la norma antes citada, tenía derecho a que la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida fuese liquidada, en cuantía del **75% del promedio de todos los factores reclamados en el caso *sub lite* y que fueron devengados por el causante en el último año de servicios** .

Según se desprende del acervo probatorio a la señora Elvia María Castañeda de Tocarruncho, por medio de la Resolución No. 21824 de 13 de septiembre de 2001, le fue reconocida la pensión de sobrevivientes en calidad de Cónyuge del señor

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., cuatro (. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

Hugo Armando Tocarruncho Fagua (fls.41-45), que el causante nació el 8 de agosto de 1944 y adquirió su status jurídico el 17 de julio de 1999, fecha de su fallecimiento (f.5,39, 42) de igual modo, se encuentra establecido, que laboró desde el 24 de enero de 1972 hasta el 17 de julio de 1999 en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia como celador (f.42), por lo que tal y como lo aceptaron las partes, el causante adquirió su status cuando se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993; y que al momento en que ésta entró a regir, contaba con más de 15 años de servicio y 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 de la demandante, se observa que la Entidad reconoció la pensión de sobrevivientes a la demandante a partir del 17 de julio de 1999 (f.41 s.), teniendo en cuenta en la base de liquidación los factores salariales devengados en los últimos diez (10) años de servicios

A través de la petición radicada el **5 de agosto de 2013** (f. 129) solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de factores salariales devengados en el último año de servicio, solicitud que fue resuelta a través de Resoluciones RDP 037744 y RDP 043279 hoy demandadas, con las que se agotó la actuación administrativa.

Según se observa, al momento del reconocimiento de la pensión de la demandante, se tuvieron en cuenta los siguientes factores, establecidos en el Decreto 1158 de 1994, devengados durante los últimos diez (10) años:

- Asignación básica
- Horas extras
- Bonificación por servicios prestados
- Prima de antigüedad

No obstante, en aplicación a las disposiciones antes citadas la accionante tiene derecho a que su pensión se liquide con la inclusión de la totalidad de los factores

salariales devengados en el último año de servicios, esto es, entre el 17 de julio de 1998 y el 17 de julio de 1999.

En este punto, se advierte que en el proceso obra certificado de salarios suscrito por la Oficina de Secretaría General y los Grupos de Archivo y Correspondencia y de Tesorería de la UPTC, en la que se discriminan los factores salariales devengados durante la última anualidad (f. 32-33) así:

- Salario básico
- Auxilio de transporte
- Horas extras diurnas y nocturnas
- Prima de antigüedad
- Recargo trabajo dominical
- Recargo dominical nocturno
- Subsidio de alimentación
- Horas extras dominicales diurnas y nocturnas
- Recargo nocturno
- Prima de vacaciones.
- Prima de servicios.

Así las cosas, se impone declarar la nulidad de los actos demandados y en consecuencia, ordenar la reliquidación de la pensión de la actora, con fundamento en el régimen anterior establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, esto es, sobre el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado en el último año, con la inclusión de los factores salariales previamente enlistados.

Ahora bien, 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 tenida 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”*<sup>2</sup>.

Ahora, en lo que respecta a las **vacaciones**, observa la Sala que éste corresponde al pago remunerado por descanso, por ende, no puede ser tenido en cuenta como factor para reliquidar la pensión del actor, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado:

*“...en el presente asunto se debe hacer una salvedad en relación con las vacaciones por cuanto éstas, ya están incluidas dentro de la asignación, por corresponder al mismo pago salarial; la diferencia está en que el servidor hace uso de ellas y sigue devengando el salario, razón por la cual se denomina descanso remunerado. En consecuencia, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal de primera instancia en cuanto negó la inclusión de las vacaciones en la base de liquidación de la pensión de jubilación del actor.”*<sup>3</sup> (Negrilla fuera de texto)

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección a. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., 22 de noviembre de 2012. Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00528-01(2330-11). Actor: Omaira Neira Amaya. Demandado: Municipio de Girón y otros.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Bogotá, D.C., 28 de junio de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00641-01(1398-10). Actor: Álvaro Vego Ospino. Demandado: Cojo Nacional de Previsión Social

De acuerdo a lo anterior, las vacaciones no constituyen factor salarial para tener en cuenta en las reliquidaciones pensionales.

### **3.- De la indexación de la primera mesada pensional**

En la demanda se solicita que se ordene que la indexación de la mesada pensional teniendo en cuenta que la mesada pensional de la accionante tuvo una pérdida del poder adquisitivo.

El Despacho advierte que en sentencia SU-120 de 13 de febrero de 2003, la Corte Constitucional reconoció el derecho que tienen los pensionados a que el valor adquisitivo de su pensión se mantenga a través del tiempo, esto es, la indexación de la primera mesada. Tesis que reiteró en sentencias C-862 y C-891A de 2006, en las que se declaró la exequibilidad de los apartes concernientes al monto del derecho pensional consagrado en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, *“en el entendido de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor, IPC, certificado por el DANE”*, en atención a que la omisión del legislador para liquidar pensiones distintas a las previstas en la Ley 100 de 1993, no puede afectar a dichos pensionados por lo que debe aplicárseles el mecanismo de la indexación que les permita obtener una mesada pensional actualizada de conformidad con lo previsto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Cabe destacar que al acoger los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en providencia del 20 de abril de 2007, proferida en el expediente radicado número 29470, cambió su posición para aceptar que ante los pronunciamientos de exequibilidad:

*“... se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación.*

*En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993.*

*(...) Consecuencia necesaria de tales aseveraciones, es la de que, en los casos en los cuales procede la aplicación de la indexación para el salario base de las pensiones legales, distintas a las consagradas en la ley de seguridad social, o de aquellas no sujetas a su artículo 36, causadas a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, deben tomarse como pautas las consagradas en la mencionada Ley 100 de 1993; esto es, actualizando el IBL anualmente con el índice de precios al consumidor.” (Negrilla fuera de texto)*

De lo anterior se colige que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, el salario base de liquidación de la primera mesada de aquellos servidores que se retiraron del servicio luego de contar con el tiempo requerido para obtener la pensión y después cumplieron la edad para obtener su estatus pensional, debe ser indexada, criterio que también, ha sido prohijado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual frente al tema en un caso similar al analizado expuso:

***“... (I) De la indexación y su desarrollo jurisprudencial.***

*Es ampliamente aceptado por esta Corporación, así como por el máximo Tribunal de la jurisdicción Constitucional<sup>4</sup>, que el juez ante la evidencia de la pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda debe intervenir para evitar la consumación de injusticias en relaciones que implican obligaciones dinerarias.*

*En materia laboral no sólo la equidad, criterio auxiliar del derecho<sup>5</sup>, sino varias disposiciones constitucionales le exigen al juez, quien en el marco de un Estado Social de Derecho no es un simple operador jurídico, aplicar esta medida.*

*Así, por ejemplo, el artículo 53 de la Constitución Política dispone que el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales. Así mismo, establece como principio mínimo del estatuto del trabajo la garantía de la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.*

<sup>4</sup> Ver entre otras las sentencias: C-862 de 2006, SU-120 de 2003, SU-400 de 1997.

<sup>5</sup> Artículo 230 de la Constitución Política de 1991.

*Específicamente en materia Administrativa, el Estado, excusándose en vacíos normativos, no puede desconocer las consecuencias del incumplimiento oportuno de sus obligaciones dinerarias para con sus administrados, pues, se reitera, de criterios mínimos de equidad, así como de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico se deriva la necesidad de no pagar sumas de dinero devaluadas por el transcurso del tiempo.*

El caso de autos, no se enmarca en las situaciones previstas en las sentencias previamente analizadas, como quiera que el causante adquirió su status el 17 de julio de 1999 –fecha del retiro del servicio- (f. 42) y que si bien la pensión de sobrevivientes fue reconocida a la accionante dos años después, allí se precisó que dicho reconocimiento era efectivo a partir del 17 de julio de 1999 (f. 44), por tanto, no hay lugar a la indexación de la primera mesada pensional, por cuanto no se evidencia la mencionada pérdida del poder adquisitivo que justifique la actualización de la mesada pensional.

Se precisa que los casos en los que este Despacho ha accedido a tal pretensión, se pudo verificar que la fecha de adquisición del status jurídico de pensionado fue posterior a la fecha de retiro del servicio, motivo por el cual se hace ostensible la depreciación de la moneda siendo necesaria la actualización de la mesada pensional conforme al IPC, lo cual no ocurre en el caso de autos.

#### **4. De los aportes**

Como parte de la tesis de la Entidad accionada, se manifiesta que no es viable acceder a la reliquidación pretendida en atención a que las pensiones de los empleados oficiales se liquidan sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, argumentación frente a la cual dirá el Despacho que el hecho que al funcionario no se le hayan hecho los descuentos correspondientes sobre todos los conceptos salariales, no afecta el reconocimiento de ellos dentro de la liquidación de la mesada pensional, como quiera que la omisión en los descuentos correspondientes por parte del empleador no tiene por qué afectar el derecho pensional.

Frente al tema, el Consejo de Estado en sentencia de 25 de marzo de 2004, radicado interno 0890-03, señaló que “...cuando se trate de una pensión de régimen

*especial, al empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, sino se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión del determinado factor, sino que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes, como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1º de febrero de 1989, al declarar la exequibilidad de este inciso...”.*

Posición que ha sido avalada por la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional es así como en sentencia T-183 de 2014, señaló que “...la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, **no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas...**”; por ello, “...cuando el empleador no efectúa el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones, la entidad respectiva tiene el deber legal de recaudar los dineros adeudados por el empleador a través del cobro judicial, mecanismo jurídico establecido en la ley...” de manera que “...si la entidad de seguridad social no ejerce el cobro coactivo, ni los mecanismos judiciales legalmente establecidos para que se cumpla a cabalidad con la obligación, se entenderá que se allanó a la mora y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez[40]...”.

Así las cosas, se ordenará a la Entidad accionada que efectúe las deducciones a que haya lugar si el demandante no cotizó respecto del factor salarial que aquí se ordena incluir como base de liquidación.

Por último, advierte el Despacho que la reliquidación de la pensión debe realizarse a partir de la fecha en que se hizo efectivo el derecho, esto es, desde el 17 de julio de 1999, fecha del retiro definitivo del servicio (f. 42).

#### **5.- 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.

La pensión de la demandante fue reconocida a través de la Resolución N° 21824 del 13 de septiembre de 2001, efectiva a partir del 17 de julio de 1999 (f. 41-45), interrumpiéndose la prescripción con la solicitud de reliquidación de 5 de agosto de 2013 (f.129), razón por la cual el Despacho advierte que el fenómeno prescriptivo operó respecto de las pretensiones de recibir el pago de las diferencias de las mesadas adeudadas desde el **5 de agosto de 2010**.

## **6. Conclusión.**

En suma, se declarará la nulidad de los actos demandados 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 a la señora Elvia María Castañeda de Tocarruncho, identificada con C. C. No.23.267.560, el valor de la pensión que le fue sustituida incluyendo en la base de liquidación, salario básico, reajuste salarial, auxilio de transporte, horas extras diurnas y nocturnas, prima de antigüedad, recargo trabajo dominical, recargo dominical nocturno, subsidio de alimentación, horas extras dominicales diurnas y nocturnas, recargo nocturno, prima de vacaciones y prima de servicios; advirtiéndole a la Entidad demandada, que si la accionante no cotizó sobre dichos factores, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 1º de la Ley 33 de 1985, debe realizar las deducciones correspondientes de las sumas de dineros a reconocer a cargo de la demandante. No se incluirá lo devengado por vacaciones y bonificación por recreación, por las razones previamente expuestas.

Por su parte, no se accede a la solicitud de indexación de la primera mesada pensional, por los motivos señalados.

## **7. De las costas**

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en acciones públicas, la sentencia debe disponer sobre condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso. Así las cosas, el Despacho en atención a lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso se abstendrá de imponer condena en costas, por cuanto no se encuentra probado que éstas se hayan causado.

## **IV. 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 probada la excepción de prescripción de mesadas, formulada por el apoderado de la Entidad demandada, en relación con las causadas con anterioridad al 5 de agosto de 2010, como se expuso en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Declárase la nulidad de los actos administrativos contenido en las Resoluciones RDP 037744 de 15 de agosto de 2013 y RDP 043279 de 18 de septiembre de 2013, expedidas 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, **CONDENAR** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP a reliquidar y pagar a la señora **ELVIA MARÍA CASTAÑEDA DE TOCARRUNCHO**, identificada con C. C. No. 23.267.560, el valor de su pensión de sobrevivientes incluyendo en la base de liquidación, las prestaciones devengadas durante el último año de servicios consistentes en **salario básico, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de antigüedad, horas extras diurnas y nocturnas, recargo trabajo dominical, recargo dominical nocturno, horas extras**

**dominicales diurnas y nocturnas, recargo nocturno, prima de vacaciones y prima de servicios.** Se advierte a la Entidad demandada, que si la accionante no cotizó sobre algún factor salarial, debe hacer las deducciones correspondientes de las sumas de dineros a reconocer. La reliquidación de la pensión surtirá efectos fiscales a partir del 5 de agosto de 2010, en atención a que no se configuró el fenómeno de prescripción.

**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.

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

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.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse cada pago.

**QUINTO: NIEGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO: ABSTIÉNESE** de condenar en costas en la presente instancia.

**SÉPTIMO:** 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 por expresa remisión del artículo 306 del CPACA.

**OCTAVO: 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.

**NOVENO:** 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**