



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

Tunja, diecinueve (19) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

**Demandante: Manuel Alberto Soler González**  
**Demandado : Unidad Administrativa Especial de Gestión  
Pensional y Contribuciones Parafiscales de la  
Protección Social (UGPP)**  
**Radicación : 150013333011201400121-00**  
**Medio : Nulidad y restablecimiento del derecho**

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por Manuel Alberto Soler González, contra 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, el señor Manuel Alberto Soler González, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución UGM 037768 de 12 de marzo de 2012.
- Resolución RDP 056475 de 12 de diciembre de 2013.
- Resolución RDP 000526 de 10 de enero de 2014.
- Resolución RDP 000640 de 10 de enero de 2014.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicita que se ordene la reliquidación de la pensión del actor, con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, de conformidad con las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, con efectos fiscales a partir del mes de noviembre de 2009. Así mismo, demanda que se efectúen los respectivos ajustes a la pensión del actor, a partir del año siguiente a la adquisición del estatus pensional y hasta cuando se le incorpore en nómina con el nuevo valor, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo.

Finalmente, pide que se ordene el reconocimiento liquidación y pago de los intereses de mora; que se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 189 y 192 del CPACA y que se condene en costas a la demandada.

## **2. Hechos**

El apoderado de la parte actora refiere que el demandante laboró al servicio del Departamento de Boyacá entre el 14 de octubre de 1972 y el 22 de marzo de 1983 y al servicio del Hospital San Rafael de Tunja del 20 de julio de 1983 al 27 de mayo de 2004, entidades que cotizaron para pensión, ante la Caja Nacional de Previsión Social.

Refiere que mediante Resolución No. 51639 de 2 de mayo de 2011, se negó la pensión de jubilación del actor, quien interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de Resolución UGM 037768 de 12 de marzo de 2012 (f. 12 s.) con la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del actor, efectiva a partir del 3 de noviembre de 2009.

Aduce que través de petición radicada el 3 de diciembre de 2013, se solicitó la reliquidación de la pensión, solicitando la inclusión de todos los factores salariales, la cual fue denegada mediante Resolución RDP 056475 de 12 de diciembre de 2013 (f. 20 s.), acto frente al cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación, que fueron desatados a través de Resoluciones RDP 000526 y RDP 000640 de 10 de enero de 2014, actos administrativos a través de los cuales se confirmó la decisión impugnada.

Finalmente señala que la parte actora elevó solicitud para que se revisara la liquidación de la pensión, la cual fue resuelta mediante auto No. ADP 03645 de 8 de abril de 2014, en el que se negó la solicitud, bajo el argumento que no se aportaron nuevos elementos de juicio que modifiquen la decisión adoptada en los actos anteriores.

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

Afirma que si bien es cierto, la Entidad demandada reconoce que el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debió liquidar la pensión atendiendo a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, esto es, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) incluyendo todos los factores que constituyen salario, devengados durante el último año de servicios.

Esgrime que como la Entidad liquidó la prestación atendiendo a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, incurrió en error, con lo cual se violó el principio de inescindibilidad, que obliga la aplicación integral de la norma anterior, que en esta caso es la Ley 33 de 1985.

Explica que con las decisiones demandadas se desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, las cuales han fijado las directrices para establecer la base de liquidación de las pensiones de quienes se encuentran amparados por el régimen de transición. Agrega que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, según la cual dichas disposiciones no enlistan de forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que es posible incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron efectuarse, es la que permite la efectividad y garantía de los derechos y garantías laborales.

Finalmente refiere que acorde con la jurisprudencia, las primas de navidad y de vacaciones aunque son prestaciones sociales, constituyen factor de salario para efectos de liquidar las pensiones.

### **4. Contestación de la demanda**

La apoderada judicial de la parte accionada contestó la demanda en los siguientes términos (f. 79 s.):

Manifiesta que aunque el accionante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación y los factores a tener en cuenta, son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, entre los cuales no se encuentran los factores solicitados en la demanda, además que no tienen relación directa con el servicio, por lo que no constituyen salario.

Aduce que la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 señaló que una interpretación que permita la inclusión de todos los factores 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, pues va en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y que las pensiones de los empleados oficiales se liquidan sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Formula las siguientes excepciones:

#### **4.1. Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido**

Aduce que la accionada reconoció y pagó la pensión de conformidad con las normas aplicables, pues se respetó la edad, el tiempo de servicio y el monto del régimen anterior, pero en lo atinente a la base se siguieron los parámetros establecidos en la Ley 100.

#### **4.2. Inexistencia de vulneración de principios constitucionales**

Refiere que la Entidad actuó con sujeción a las normas, por lo que no se puede hablar de violación a principios constitucionales o legales y tampoco de derechos fundamentales.

#### **4.3. Prescripción de mesadas**

Manifiesta que en caso de una eventual condena se debe declarar la prescripción de las mesadas o sumas causadas con anterioridad a los tres años de la presentación de la demanda.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 22 de mayo de 2014 (fl.35 s), ordenando notificar personalmente a la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP. (fl.46).

Mediante auto de 9 de julio de 2015, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial (fl. 100), la cual se efectuó el 13 de agosto de 2015 (fl. 105 s). El día 5 de noviembre de 2015, se realizó audiencia de pruebas (fl. 247 s), 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. 251-254) 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 a los principios de favorabilidad e inescindibilidad y al precedente jurisprudencial.

**La apoderada de la entidad demandada** presentó alegatos de conclusión en el término señalado para el efecto (fls. 255-260). 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, entendiéndose como 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...” (fl. 259)*

### III. CONSIDERACIONES

Surtido del 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, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

#### 1. Problema jurídico

La controversia se contrae a determinar, si el ingreso base de liquidación de la pensión del demandante en su calidad de beneficiario del régimen de transición previsto de la Ley 100 de 1993, se rige por el inciso 3º del artículo 36 de la citada disposición o si por el contrario se determina teniendo en cuenta lo previsto en el régimen vigente antes de la mencionada ley. Así mismo, se observará el alcance de la sentencia C-258-13 y las consecuencias que se generan en la omisión de pago de aportes.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

#### 2. Del alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

El Despacho advierte que la discusión en torno al alcance de los beneficios otorgados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha sido objeto de múltiples controversias por la contradicción existente en sus incisos segundo y tercero frente al monto de la pensión; conflicto sobre el cual se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 21 de septiembre de 2000, expediente con radicación interna No. 470-99 en la cual señaló que la acepción de la palabra monto prevista en el inciso segundo ibídem incluye

*“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”; razón por la cual la previsión sobre ingreso base y liquidación aritmética prevista en el inciso 3º, constituye una redacción contradictoria que según señaló la Corporación “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 2º...”*

Posición que ha sido reiterada en forma pacífica, es así como la Corte en la sentencia C-258-13, Actor: Germán Calderón España y otros, 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 deben aplicarse las normas especiales de cada régimen especial, y sólo en forma supletiva se aplica el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de lo devengado en los diez últimos años de servicio. Lo anterior se fundamenta en las siguientes razones:*

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

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

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

Lo expuesto permite establecer claramente que la posición de los Órganos 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 señala 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 constitucionalidad analizó, no podían predicarse de disposiciones que regulaban otros regímenes pensionales, es así como en el **objeto del fallo** precisó la Corporación 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.

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 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; posición que reiteró el Consejo de Estado en sentencia de tutela proferida el 2 de julio de 2015 en el expediente radicado con el No. 25000-23-42-000-2013-04281-01, Actor: Pablo Eduardo Victoria Wilches.

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

Ahora bien, 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, lo que sucedió al desaparecer, como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad, la norma que establecía la forma de calcular el monto para dicho régimen.

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 a 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 contenciosa 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 advierte 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.

Así pues, el Despacho acoge y acata la jurisprudencia unificada que se ha mantenido incólume en los pronunciamientos del Consejo de Estado; es así como, en fallo de 13 de febrero de 2014, radicado interno 2378-12, Actor: Ana Rosa Solano de Rincón, 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.

### 3. De los factores de liquidación

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. 25000-23-25-000-2006-07509-01, Actor: Luis Mario Velandia, en la que determinó que es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, en razón al carácter de salario diferido que tiene la pensión y en atención a los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral. 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.

Es del caso resaltar que el precedente vertical así expuesto es de obligatorio cumplimiento, tal como lo indicó el Consejo de Estado en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2015, radicado No. 11001-03-15-000-2015-02747-00, Actor: Henry López López, en el cual tuteló una decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenando proferir una nueva sentencia en la cual se observara el *“fallo de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010 (expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01)”*; pues según expuso el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción *“con posterioridad al aludido fallo SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado no se ha pronunciado por vía ordinaria, de modo que no ha cambiado su criterio jurisprudencial consolidado en la mencionada sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 y en consecuencia, debe aplicarse al caso concreto, esto es, calcular el monto de la pensión del actor en atención a los factores salariales devengados durante el último año de servicios...”*

Así 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.

#### **4. Del caso concreto**

De conformidad con lo expuesto el señor, **Manuel Alberto Soler González** 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 en el último año de servicios.

Según se desprende del acervo probatorio, el accionante nació el 3 de noviembre de 1954 (fl. 11) y laboró del 14 de octubre de 1974 al 22 de marzo de 1983 y del 20 de julio de 1983 al 27 de mayo de 2004 (fl. 15), 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 efecto, el demandante se pensionó cuando se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993 y aunque al momento en que ésta entró a regir, contaba con 39 años de edad, contaba con más de diecinueve (19) años de servicio, 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 mediante Resolución No. UGM 037768 de 12 de marzo de 2012 (fl. 12 s.), con efectos a partir del 3 de noviembre de 2009; la cual fue liquidada incluyendo, la asignación básica, horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, devengados en los últimos diez (10) de servicio a la fecha de retiro.

A través de la petición radicada el 3 de diciembre de 2013 (fl. 20), se solicitó reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, solicitud que fue resuelta en forma

negativa a través de Resoluciones RDP 056475 de 2013; RDP 00526 y RDP 00640 de 2014, hoy demandadas, con las que se agotó la actuación administrativa.

En aplicación a lo expuesto el 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 27 de mayo de 2003 y el 27 de mayo de 2004.

En el proceso obra copia del certificado de salarios y devengados expedido por la Subgerencia Administrativa y Financiera de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, en el que se discriminan los factores devengados durante la última anualidad (fl. 42) así:

- Sueldo devengado
- Auxilio de Transporte
- Auxilio de alimentación
- Horas Extras
- Bonificación
- Prima de antigüedad
- Prima de servicios
- Prima de navidad

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

## **5. De los aportes**

La Entidad accionada argumenta que para liquidar la pensión sólo es posible tener en cuenta los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, argumento que no es de recibo por cuanto la omisión del patrono

al realizar los descuentos, no puede afectar el reconocimiento de ellos en la liquidación de la mesada pensional.

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, el 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 3 de noviembre de 2009, pues solo así se garantiza que el monto de la pensión no pierda su poder adquisitivo, ya que se deben tener en cuenta los distintos incrementos que anualmente se efectúen de conformidad con el índice de precios al consumidor (IPC).

## **6. De la excepción de 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; sin embargo, sí hay lugar a la prescripción del derecho a percibir las, conforme al artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

En consonancia con la norma antes citada, 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, se observa que la petición fue presentada antes del 2 de mayo de 2011, fecha en que se expidió la Resolución 51639, a través de la cual se negó en principio la prestación reclamada (fl. 12) y posteriormente se elevó petición de reliquidación el día 3 de diciembre de 2013, tal como lo expuso la Resolución RDP 056475 de 12 de diciembre de 2013 (fl. 20), razón por la cual el Despacho advierte que la excepción planteada por la Entidad demandada no se encuentra llamada a prosperar.

## **7. De las costas**

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

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

### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLARASE** la nulidad de los siguientes actos administrativos, por las razones expuestas en la parte motiva:

- Resolución UGM 037768 de 12 de marzo de 2012, proferida por el Liquidador de Cajanal EICE en Liquidación.
- Resolución RDP 056475 de 12 de diciembre de 2013, proferida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal – UGPP.
- Resolución RDP 000526 de 10 de enero de 2014 proferida por la Asesora Grado 6 Encargada de las Funciones de Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal – UGPP.
- Resolución RDP 000640 de 10 de enero de 2014, proferida por el Director de Pensiones de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal – UGPP.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración 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 reliquidar y pagar la pensión de jubilación del señor Manuel Alberto Soler González, efectiva desde el 3 de noviembre de 2009, teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado entre el 27 de mayo de 2003 y el 27 de mayo de 2004, incluyendo en la base de liquidación: **asignación básica, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, horas extras, bonificación, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de navidad.** Se advierte a la Entidad demandada, que si el accionante no cotizó sobre dicho 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 3 de noviembre de 2009, en atención a que no se configuró el fenómeno de prescripción.

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

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la

fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse cada 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.

**TERCERO:** Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

**CUARTO: DECLARASE no probada** la excepción de **Prescripción**, formulada por la Entidad accionada.

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

**SEXTO:** 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.

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

**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.

  
**PATRÍCIA SALAMANCA GALLO**  
Juez