

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO VEINTISIETE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.
SECCIÓN SEGUNDA**

SENTENCIA: 178
RADICACIÓN: 11001-33-35-027-2015-00454-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EUTIMIO DE JESUS MARTINEZ HERNANDEZ
DEMANDADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL
ASUNTO: Reliquidación pensión vejez-Régimen transición Ley 100/93-
Tasa de reemplazo 85%-IBL factores salariales último año de
servicio.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018).

I. ASUNTO

Se dicta sentencia de primer grado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicitó la nulidad de las Resoluciones Nos. RDP 033657 del 5 de noviembre de 2014, RDP 038923 del 24 de diciembre de 2014 y RDP 004036 del 30 de enero de 2015, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (en adelante UGPP), mediante las cuales se le negó la reliquidación de su pensión de vejez.

A título de restablecimiento del derecho deprecó: (i) la reliquidación de su pensión de vejez, de tal forma que su monto equivalga al 85% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, (ii) el pago indexado de las diferencias resultantes, (iii) la cancelación de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y (iv) la condena en costas a la entidad demandada.

1.2. Hechos

1.2.1. Laboró por más de 20 años como servidor público y cotizó 1762 semanas al sistema general de pensiones.

1.2.2. Mediante Resolución No. PAP 012863 del 9 de septiembre de 2010, la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación le reconoció la pensión mensual vitalicia de vejez, efectiva a partir del 1° de mayo de 2009, cuyo pago quedó condicionado al retiro definitivo del servicio.

1.2.3. Mediante Resolución No. RDP 008804 del 14 de marzo de 2014, la UGPP le reliquidó dicha prestación elevándola a \$2'054.590, efectiva a partir del 16 de diciembre de 2013, pero su pago quedó supeditado al retiro definitivo del servicio.

1.2.4. Es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por ende, el monto de su pensión debe ser igual al 85% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Citó como normas violadas los artículos 13, 23, 29 y 46 de la Constitución Política; el artículo 1º de la Ley 71 de 1988; el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; el Decreto 3135 de 1968; el artículo 45 del decreto 1045 de 1978; y el Decreto 720 de 1978.

Conceptuó que con la expedición de los actos acusados se desconocieron garantías, principios y derechos de orden constitucional y legal, tales como el derecho a la igualdad y el respeto a los derechos adquiridos.

Destacó que es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, la entidad demandada no debió aplicar el régimen general de la mencionada ley, sino sólo los artículos 34, 36 y 141, de manera que el monto de la pensión debe ser igual al 85% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

2. Contestación de la demanda

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social se opuso a las pretensiones de la demanda y planteó que respecto del ingreso de base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no existe una posición jurisprudencial pacífica entre los órganos de cierre, pues mientras el Consejo de Estado sostiene que amparó todos los requisitos y condiciones del régimen anterior, es decir, edad, tiempo de servicios, tasa de reemplazo e ingreso base de liquidación, la Corte Suprema de Justicia señala que el mentado régimen comprende sólo los tres primeros aspectos, y frente al cuarto debe acudir a los artículos 21 y 36, inciso 3, del artículo 36; posición ésta que comparte la Corte Constitucional al concluir que el ingreso base de liquidación no fue objeto de transición y por ende deben aplicarse las previsiones del Sistema General de Pensiones, entre otras, en las sentencias C-168 de 1995, C-608 de 1999, C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, providencias que constituyen precedente vinculante para las autoridades administrativas y judiciales en virtud de lo indicado en el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, en las sentencias C-539, C-634 y C-816 de 2011, y tal como lo precisó la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro, bajo el Radicado No. 11001031500020160010300.

Destacó que el acto acusado se ajustó a derecho, puesto que la pensión de vejez del actor fue reconocida teniendo en cuenta los factores que de conformidad con la ley resultan aplicables y reajustando su valor anualmente para garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales.

Por último, formuló las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad de pensiones, inexistencia de la obligación, pago y compensación.

3. Alegaciones de conclusión

La parte demandada las formuló en la audiencia inicial realizada el 8 de febrero de 2017, oportunidad en la cual se limitó a reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. (fl. 120, CD).

La parte demandante y el Agente del Ministerio Público guardaron silencio.

Surtido el correspondiente rito procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, es conducente emitir pronunciamiento de fondo.

III. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Se reúnen a cabalidad los requisitos de capacidad legal de las partes litigantes, capacidad procesal de éstas, jurisdicción, competencia y demanda en forma.

2. Planteamiento del problema jurídico

Le asiste al demandante, en su condición de beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el derecho a que la entidad demandada le re-liquide la pensión de vejez, de tal modo que equivalga al 85% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, es decir, en los términos de los artículos 34 de la Ley 100 de 1993 y 3 de la Ley 33 de 1985 o, en su defecto, el 75% de dichas partidas, esto es, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985 y, por tanto, son nulos los actos administrativos acusados que le negaron la pretendida re-liquidación.

3. Tesis del juzgado

El actor no tiene derecho a que el monto de su pensión de vejez sea equivalente al 85% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, porque tal pretensión implicaría la creación de un tercer régimen pensional, en la medida que toma la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y el ingreso base de liquidación de las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, que el actor escogería a su arbitrio de los diferentes regímenes pensionales la parte que mejor consulte sus intereses, proceder que desconocería el principio de inescindibilidad normativa.

No obstante, se le reconocerá el derecho a que esa prestación económica se reliquide con el ingreso base de liquidación previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, esto es, el 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicios que certifique la autoridad empleadora, pues si bien dicha normatividad enumera algunas partidas, ese listado es enunciativo y no taxativo, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, e indistintamente que sobre ellos se hayan hecho los respectivos aportes, ya que estos podrán descontarse de las diferencias que resulten a favor del pensionado con ocasión de la re-liquidación.

4. Las excepciones de fondo

La UGPP formuló las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad de pensiones, inexistencia de la obligación, pago y compensación, las cuales, por estar cimentadas en fundamentos que solo constituyen argumentos de defensa, no impiden estudiar el fondo del asunto, de modo que quedarán resueltas al decidirse la controversia, salvo la de prescripción que será estudiada ulteriormente.

5. Marco normativo y jurisprudencial

5.1. El artículo 48 de la Constitución Nacional, consagra:

"Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

"(...) El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

"(...) Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho".

"(...) Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"(...) En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

El artículo 53 *ibídem*, preceptúa:

"El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores (...); irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (...); situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho (...). El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados¹ hacen parte de la legislación interna. La Ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

5.2. La Ley 33 de 1985, en su artículo 1, prevé:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...)".

El artículo 3 *ibídem*, prescribe:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

5.3. La Ley 62 de 1985, en su artículo 1, modificatorio del artículo 3° de la Ley 33 de 1985, dispone:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente a funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

5.4. El artículo 21 de la Ley 100 de 1993, indica:

¹ En materia laboral el Estado colombiano ha ratificado, entre otros, los siguientes tratados: (i) Ley 54 de 1962, aprobatoria del Convenio 95 de la OIT, el cual comporta una protección del salario como derecho primordial en la relación laboral; (ii) Ley 16 de 1972, sobre Derechos Humanos, en la cual se incluye el principio de progresividad entendido como la obligación de los Estados de velar en forma permanente porque sus gobernados alcancen la plena efectividad de sus derechos; y (iii) Ley 319 de 1996, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptando entre otros principios el de la prohibición de la regresividad en materia de derechos reconocidos.

"Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo".

El artículo 34 *ibídem*, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, reza:

"Monto de la pensión de vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1000 hasta las 1200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1200 hasta las 1400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1º de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1º de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80% y el 70,5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima".

El artículo 36 *eiusdem*, ordena:

"Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince o más años de servicios

cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

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

5.5. El artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 del mismo año, instituye:

“Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional, de capacitación, cuando sean factor de salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados”.

5.6. El artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, prescribe:

“Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

5.7. El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, unificó su criterio sobre los factores salariales que deben tenerse en cuenta para fijar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, con arreglo a las Leyes 33 y 62 de 1985, incluidos los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

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

“(...) b) Principio de progresividad

“(...) Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

“(...) De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

"En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

"c) Del principio de favorabilidad en materia laboral

"La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución.

"Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

"Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

"Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

"(...) e) De los factores de salario para liquidar pensiones

"Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, 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".

5.8. En sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, Radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01 (4683-2013), M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, la Sección Segunda de esa Corporación reiteró la anterior jurisprudencia y se pronunció frente a las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, en cuanto al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas bajo el amparo del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (es pertinente advertir que esta providencia, en cumplimiento de un fallo de tutela, fue sustituida por la sentencia dictada el 9 de febrero de 2017, M.P. Dr. César Palomino Cortés, en la cual se reafirmó la posición adoptada inicialmente):

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

"1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha

tenido esta Corporación respecto de la expresión 'monto' contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

"2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado 'asumirá la deuda pensional que esté a su cargo.

"3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

"4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

"5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política Colombiana en virtud del llamado 'bloque de constitucionalidad', no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de 'monto' en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

"En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad".

5.9. Acerca de la extensión de los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016, y el carácter prevalente y vinculante de esta jurisprudencia, ese órgano de cierre, en sentencia del 24 de noviembre de 2016, Radicación 11001-03-25-000-2013-01341-00 (3413-13), M.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, concluyó:

"3.- Sobre la fuerza vinculante de la Sentencias de Unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y el 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación con las Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 proferidas por la Corte Constitucional.

"(...) 3.3.- No hay duda de que a la Corte Constitucional le corresponde interpretar con autoridad los preceptos constitucionales y que su doctrina constitucional debe seguirse como la interpretación auténtica de las normas constitucionales, pero su interpretación de la

ley, en sentido formal, sólo obliga cuando profiere una sentencia de constitucionalidad condicionada a esa interpretación.

"3.4.- Contrario a la expresado en las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, la Sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional no cobija, ni puede cobijar, «regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas».

"Esto es, la Sentencia C-258 de 2013:

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

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

"(iii) En la parte motiva no fijó, ni podía hacerlo, una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 extendible a otros regímenes «dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992», pues una interpretación de una norma legal en tal caso sólo sería vinculante en cuanto fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive que sólo cobija el mencionado artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

"3.5.- De lo expuesto se desprende que si en las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 se escoge una determinada interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su aplicación a otros regímenes regulados por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, esa particular interpretación y aplicación de la ley no obliga a las demás Cortes de cierre, por las siguientes razones:

"(i).- Como en virtud de lo dispuesto en el artículo 237, numeral 1, de la Constitución Política, el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia vinculante para resolver los conflictos cuya competencia le está atribuida a esta jurisdicción, es aquella dictada por este tribunal de cierre dentro del marco de la interpretación que la Constitución y la ley le confieren; por ello, no se considera vinculante la proferida por ninguna otra autoridad jurisdiccional, salvo la que expida la Corte Constitucional, en el ejercicio de control de constitucionalidad, esto es, como guarda de la integridad y supremacía de la Constitución o la que expida la misma Corte Constitucional (en la forma como se expuso anteriormente) o a través de sentencias de unificación (también llamadas "SU"), en cuanto se refieren a la aplicación, interpretación y alcance de las normas constitucionales (en especial de los derechos fundamentales) y no en cuanto a la interpretación de las normas legales. Admitir una tesis contraria, esto es, que todas las sentencias SU de la Corte Constitucional tienen mayor fuerza vinculante que las dictadas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conduciría, como atrás se dijo, a desconocer uno de los pilares del Estado Social de Derecho, cual es la estricta separación del poder público en ramas y el insoslayable marco de competencias regladas.

"(ii).- De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas legales (también llamadas "C"), sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive (y en la parte motiva sí y solo si ésta fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive), en tanto que las adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. La única sentencia tipo C emanada de la Corte Constitucional que podría vincular a esta Corporación sobre el tema es la C-258 de 2013, pero ella se refiere exclusivamente al sentido y alcance del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad. Las sentencias SU 230 de 2015 y SU 427 de 2016, son sentencias de tutela,

que a pesar de producir efectos interpartes, están llamadas a ser aplicadas con carácter vinculante en las salas de revisión de tutelas de la propia Corte Constitucional y en las demás cortes, tribunales y juzgados del país, en tanto y en cuanto estén referidas a la aplicación y alcance de las normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales (doctrina constitucional integradora).

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

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

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

“(vi).- El régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible, se puede modificar; sin embargo, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé regímenes de transición. El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. De conformidad con las nítidas voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación y, en lo que toca con este último punto, ha considerado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que abarca factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación²⁹. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero sí contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición.

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

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

“(ix).- El hecho de que las entidades públicas no hubieren efectuado los aportes de ley, no puede traducirse en un menoscabo de los derechos de los trabajadores. La omisión de las entidades públicas de efectuar los correspondientes aportes no puede beneficiarlas ni tener repercusión perjudicial respecto de sus servidores públicos, por cuanto a nadie puede favorecer su propia culpa: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

“(x).- Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios.

“Por ello, se desestiman los argumentos presentados por el apoderado de la UGPP y el representante de la ANDJE para oponerse a la aplicación de la sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016, Exp. 2013-01541 (4683-2013) proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con respecto a la «interpretación constitucional» del régimen de

transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues: (i) no invocan casos de abuso del derecho, válidamente cobijados por la Sentencia SU-427 de 2016 de la Corte Constitucional; (ii) no se refieren al «régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable» (artículo 17 de la Ley 4 de 1992), cobijados por la Sentencia C-258 de 2013 de esa misma Corporación; (iii) No se refieren a la interpretación y alcance que la Corte Constitucional ha dado a una disposición de la Carta Política (doctrina constitucional integradora) sino a la interpretación que la Corte Constitucional ha dado a una disposición legal (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), lo cual, en el mejor caso constituye «doctrina constitucional como criterio auxiliar de la interpretación de la ley».

6. Hechos probados

6.1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía N° 6.866.333, perteneciente al señor Eutimio de Jesús Martínez Hernández, en la cual se constata que nació el 3 de junio de 1950, de manera que a 1° de abril de 1994, cuando entró en vigor el sistema general de pensiones, tenía 43 años de edad (fl. 4).

6.2. Resolución No. PAP 012863 del 9 de septiembre de 2010, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social EICE En Liquidación, mediante la cual se reconoció al demandante la pensión mensual vitalicia de vejez, efectiva a partir del 1 de mayo de 2009, con efectos fiscales una vez acreditara el retiro definitivo del servicio (fls. 6 a 10).

6.3. Resolución No. 06345 expedida el 12 de diciembre de 2013 por el Instituto Nacional de Vías, mediante la cual se aceptó la renuncia presentada por el señor Eutimio de Jesús Martínez Hernández, al cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 05, a partir del 16 de diciembre de 2013 (fl. 11).

6.4. Resolución No. RDP 8804 expedida el 14 de marzo de 2014 por la UGPP, mediante la cual se re-liquidó la pensión de vejez del actor, efectiva a partir del 16 de diciembre de 2013 (fls. 13 y 14).

6.5. Petición presentada por el demandante el 22 de julio de 2014 ante la UGPP, en la cual solicitó la re-liquidación de su pensión de vejez, de manera que su valor represente el 85% de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios (fls. 16 y 17).

6.6. Resolución No. RDP 033657 expedida el 5 de noviembre de 2014 por la UGPP, mediante la cual negó la petición indicada en el numeral anterior (fls. 18 a 21).

6.7. Resoluciones Nos. RDP 038923 del 24 de diciembre de 2014 y RDP 004036 del 30 de enero de 2015, expedidas por la UGPP, mediante las cuales se decidieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la Resolución No. RDP 033657 del 5 de noviembre de 2014, confirmándola integralmente (fls. 24 a 32).

6.8. Certificado de información laboral expedido el 19 de mayo de 2015, en el cual consta que el actor laboró para el Ministerio de Obras Públicas y Transporte desde el 10 de septiembre de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1993, y para el Instituto Nacional de Vías desde el 1° de enero de 1994 hasta el 15 de diciembre de 2013 (fl. 37).

6.9. Certificados de salarios mes a mes expedidos el 19 de mayo de 2015 por el Instituto Nacional de Vías, en los cuales constan los devengados del demandante durante los años 2012 y 2013, a saber: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, vacaciones en dinero, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad (fls. 33 a 36 y 38 a 39).

7. Valoración probatoria y conclusiones

7.1. Examinado el material probatorio allegado regular y oportunamente al proceso, se advierte que los documentos relevantes satisfacen las exigencias de pertinencia, conducencia y eficacia (art. 176 CGP), toda vez que los supuestos fácticos que se pretenden demostrar son objeto de prueba en este juicio, el medio probatorio utilizado es

apto para acreditarlos y la utilidad de ellos es irrefragable; lo mismo sucede con los requisitos de autenticidad y veracidad previstos en los artículos 244 a 246 y 257 del CGP, máxime cuando no fueron tachados de falsos ni desconocidos con arreglo a los artículos 269 y siguientes *ídem*.

7.2. Tratándose de las pensiones de los empleados públicos, existen, en principio, tres regímenes, a saber: (i) el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, las leyes que la modifiquen o adicionen y sus decretos reglamentarios; (ii) el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicable a los empleados oficiales, incluidos los beneficiarios del régimen de transición descrito en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre que no pertenezcan a un régimen especial y, (iii) los regímenes especiales aplicables a empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial.

En razón al principio de inescindibilidad normativa, cada régimen pensional es autónomo, de modo que no pueden mezclarse para aprovecharse de los beneficios de uno y otro, pues ello conduciría a crear un nuevo régimen híbrido y atípico.

En el presente caso, el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que para el 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia el sistema general de pensiones, tenía más de 40 años de edad y, en esa medida, el ingreso base de liquidación, al tenor de las Leyes 33 y 62 de 1985 y de acuerdo con la jurisprudencia imperante del Consejo de Estado, estaría constituido por todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, y el monto de la pensión equivaldría al 75% de tales emolumentos.

No obstante, el actor pretende, adicionalmente, que la tasa de reemplazo sea del 85% del precitado ingreso base de liquidación, con fundamento en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, guarismo modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, pues desde la vigencia de esta última normatividad tal porcentaje oscilará entre el 55% y el 80%, dependiendo del número de semanas cotizadas que exceda a las mil primeras.

Puestas así las cosas, la pretensión del demandante daría lugar a un tercer régimen, en el cual se beneficiaría de la prerrogativa del ingreso base de liquidación previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985 (todos los factores salariales devengados en el último año de servicios-régimen aplicable anterior a la Ley 100 de 1993), y del privilegio de la tasa de reemplazo consagrada en el Sistema General del Pensiones (85%-Ley 100 de 1993 y 80%-Ley 797 de 2003), mixtura que desconocería el principio de inescindibilidad legal².

7.3. Este despacho aplicará las sentencias de unificación del Consejo de Estado, en lo que respecta al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas bajo el amparo del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por las siguientes razones:

a) Por constituir el precedente vertical imperante en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuyo carácter prevalente y vinculante fue explicado suficientemente por el Consejo de Estado en la tercera de las sentencias transcritas en el marco jurídico y jurisprudencial de esta providencia.

b) Porque la *ratio decidendi* de las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU-427/16 de la Corte Constitucional no son aplicables al régimen general del sector público ni al resto de regímenes especiales, pues las premisas argumentativas en las cuales se fundamentó la inconstitucionalidad de las expresiones del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 y las sub-reglas de la providencia modulativa corresponden al régimen especial de congresistas y

² Sala Plena de la Corte Constitucional. Expediente D-9537, Sentencia C-354 del 10 de junio de 2015, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

magistrados de altas cortes, y por tal razón no pueden extrapolarse automáticamente sin tener en cuenta los casos particulares de cada régimen pensional en el sector público.

c) La Corte Constitucional, en sentencia C-634 de 2011, señaló las pautas a seguir en aquellos casos en que las autoridades judiciales, en virtud de la autonomía que les reconoce la Constitución Política, quieran separarse del precedente jurisprudencial de las Altas Cortes, a saber:

"a) hacer explícitas las razones por las cuales se aparta de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y b)) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales".

Sobre este punto, agregó la Corte:

"(...) resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales".

Afincado en lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la Corte Constitucional, al dictar la sentencias SU-230/15 y SU-427/16, no aplicó sus propias pautas para apartarse de su precedente, en cuanto a la aplicación integral del régimen anterior en virtud de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo sino el ingreso base de liquidación, doctrina que por cierto fue reiterada en múltiples oportunidades por sus diversas Salas de Revisión, pues en primer lugar no justificó razonadamente su cambio de doctrina, ya que simplemente aplicó apartes de la sentencia C-258 de 2013, en la cual, con base en una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concluyó que se vulneraba el derecho a la igualdad de trato, por la situación privilegiada de los congresistas, y se desconocía el principio de sostenibilidad fiscal del sistema de pensiones, razones que no son de recibo en los demás regímenes especiales del sector público, puesto que es claro que una cosa es recibir una mesada de uno o dos salarios mínimos legales mensuales y otra percibir una pensión de 25 y hasta 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes y, en segundo lugar, no justificó que la nueva hermenéutica desarrollara de mejor manera los valores, principios y derechos constitucionales, ya que, por el contrario, con esta interpretación se trasgreden garantías y postulados de índole superior, como la protección de los derechos adquiridos y de las expectativas legítimas y ciertas, la preferencia de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la progresividad y no regresividad de los derechos sociales e inescindibilidad de la ley, pues es evidente que aplicó automáticamente una decisión de constitucionalidad a dos casos que no son semejantes, aunado a que esta nueva postura genera inseguridad jurídica.

7.4. En consecuencia, se accederá parcialmente a las súplicas de la demanda, en el sentido de ordenar el reajuste de la pensión del actor con el ingreso base de liquidación indicado en la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año, es decir, el constituido por todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, dado que se incluyeron como partidas computables únicamente la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, tal como lo ha interpretado el Consejo de Estado en

sendas sentencias de unificación, pero con una tasa de reemplazo del 75%, como lo prevé el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues es indubitable que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite aplicar el régimen pensional anterior en su integridad, esto es, en cuanto a la edad, semanas cotizadas y monto, entendido este último concepto como tasa de reemplazo e ingreso base de liquidación.

Por consiguiente, se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. RDP 033657 del 5 de noviembre de 2014, RDP 038923 del 24 de diciembre de 2014 y RDP 004036 del 30 de enero de 2015, expedidas por la UGPP, en la parte que negó la re-liquidación de la pensión de jubilación del actor con el ingreso base de liquidación constituido por el promedio del salario devengado en el último año de servicios, dado que tales actos administrativos desconocieron las normas en que debieron fundarse y las sentencias de unificación que sobre la materia ha proferido el órgano límite de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la parte demandada que proceda a re-liquidar la pensión de vejez del demandante, de tal modo que equivalga al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (16 de diciembre de 2012 a 15 de diciembre de 2013), esto es, el sueldo básico, 1/12 parte de la bonificación por servicios prestados, 1/12 parte de la prima de vacaciones, 1/12 parte de la prima de servicios y 1/12 parte de la prima de navidad.

No se incluirá el valor recibido por vacaciones en dinero, en tanto las vacaciones y, por ende, la compensación en dinero por su no disfrute, no es salario ni prestación social, sino un descanso obligatorio, de modo que siendo un emolumento que no se recibe como retribución directa del servicio, se excluye como factor para liquidar la pensión de vejez.

Finalmente, por obvias razones, se desestimarán las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, y se dará cumplimiento a la presente sentencia en los términos indicados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

8. Prescripción de las mesadas pensionales y de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones

En el caso bajo examen, el derecho pensional se hizo exigible el 16 de diciembre de 2013 (fls. 11, 13 y 14), la reclamación administrativa de re-liquidación pensional se presentó el 22 de julio de 2014 (fls. 16 y 17) y la demanda judicial se radicó el 2 de junio de 2015 (fl. 46), de lo cual se colige que con arreglo al artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 no operó el fenómeno de la prescripción trienal, motivo por el cual se declarará infundada dicha excepción.

De otra parte, la entidad demandada podrá hacer los descuentos para el sistema de seguridad social en pensiones sobre aquellos factores salariales nuevos que no hayan sido objeto de aportes, en el porcentaje que por mandato legal le correspondía hacer al pensionado cuando estaba activo, pero sólo durante los tres (3) años inmediatamente anteriores al retiro definitivo del servicio, es decir, entre 16 de diciembre de 2010 y el 15 de diciembre de 2013, en atención a la prescripción trienal consagrada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, pues si se aplica este término extintivo a las diferencias que surjan de reajustar las mesadas pagadas al actor y las re-liquidadas que se ordenarán en esta sentencia, lo mismo debe predicarse de las cotizaciones que le sirven de insumo, toda vez que acoger la tesis de la imprescriptibilidad o el plazo de 5 años previsto en el estatuto tributario, so pretexto de ser ingresos parafiscales, no sólo discriminaría al pensionado, pese a ser un sujeto de especial protección constitucional, sino que desconocería el principio de correspondencia que debe existir entre los aportes y las mesadas pensionales, dada la inescindibilidad entre unos y otras, con el agravante que de autorizarse tales deducciones durante toda la vida laboral, el demandante podría quedar expuesto a pagar una deuda que superaría el valor que recibiría por concepto de reajuste de mesadas pensionales, ya que se propiciaría un escenario nefasto en el cual, por la prescripción trienal de las mesadas, la actor recibiría un monto inferior al que, por la

imprescriptibilidad de los aportes, se le descontaría durante veinte (20) o más años de relación laboral que se requieren para consolidar el derecho a la pensión por vejez.

Es claro que si los aportes al sistema de seguridad social son el insumo de las pensiones, los principios de solidaridad y equidad aconsejen que si los reajustes de las mesadas prescriben en tres (3) años, las cotizaciones también deben extinguirse en el mismo lapso, pues no hay razón válida para imponerle al pensionado una carga más allá de ese tiempo, unido a que, según el principio general del derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, extinguida la mesada pensional, los aportes deben correr la misma suerte, se repite, por su carácter inescindible.

9. Las costas y agencias en derecho

Se condenará en costas a la parte vencida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA y bajo las previsiones del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 *ibídem*, y del Acuerdo No. 1887 de 2003 del C.S.J. (Sentencia del 7 de abril de 2016, Exp. 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez).

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintisiete Administrativo del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR infundadas las excepciones de fondo formuladas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, denominadas "*Prescripción*", "*Presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad de pensiones*", "*Inexistencia de la obligación*", "*Pago*" y "*Compensación*".

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. RDP 033657 del 5 de noviembre de 2014, RDP 038923 del 24 de diciembre de 2014 y RDP 004036 del 30 de enero de 2015, expedidas por la UGPP, en la parte que negó la re-liquidación de la pensión de jubilación del actor con el ingreso base de liquidación constituido por todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

TERCERO: CONDENAR, a título de restablecimiento del derecho, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social a re-liquidar desde el 16 de diciembre de 2013 la pensión de vejez reconocida al señor Eutimio de Jesús Martínez Hernández, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.866.333 expedida en Montería, en los términos consagrados en las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, tomando como ingreso base de liquidación el constituido por todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (16 de diciembre de 2012 a 15 de diciembre de 2013) que fueron certificados por la entidad empleadora, esto es, el sueldo básico, una doceava parte (1/12) de la bonificación por servicios prestados, una doceava parte (1/12) de la prima de vacaciones, una doceava parte (1/12) de la prima de servicios y una doceava parte (1/12) de la prima de navidad; y a pagarle las diferencias que resulten entre las mesadas pagadas y las mesadas reajustadas desde el 16 de diciembre de 2013 y hacia adelante, por el efecto de la recomposición de la base pensional, sumas éstas que deberán ser actualizadas con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de las diferencias mencionadas desde

la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para el día en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: AUTORIZAR a la entidad demandada que proceda a efectuar los descuentos que por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones y en el porcentaje ordenado por la ley le corresponda cotizar al actor sobre los nuevos factores salariales que se incluirán en el ingreso base de liquidación que se tendrá en cuenta para re-liquidar su pensión de vejez, pero sólo durante los tres (3) años inmediatamente anteriores al retiro definitivo del servicio, es decir, entre el 16 de diciembre de 2010 y el 15 de diciembre de 2013, en razón a la prescripción trienal de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda (tasa de reemplazo del 85% e inclusión del emolumento vacaciones en dinero como factor pensional).

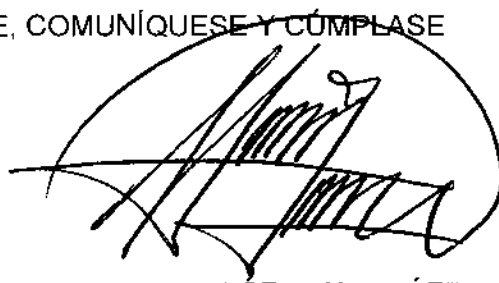
SEXTO: CONDENAR en costas a la parte vencida. Liquidense por secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias derecho a cargo de la entidad demandada la suma de un millón de pesos (\$1'000.000) (art. 365, regla 2ª, C.G.P., y Acuerdo No. 1887 de 2003 del C.S.J.).

SÉPTIMO: DAR cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO: DEVOLVER a la parte actora los remanentes de gastos del proceso, en el evento de existir y previa solicitud del interesado.

NOVENO: ARCHIVAR el expediente, una vez en firme esta sentencia, dejando las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Humberto López Narváez', is written over a circular stamp. The signature is fluid and stylized, with the last name 'Narváez' being particularly prominent.

HUMBERTO LÓPEZ NARVÁEZ
Juez

VM