



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., veintidós (22) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

JUEZ: MARTHA HELENA QUINTERO QUINTERO

MEDIO DE

CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO No.: 11001-33-35-015-2016-00241-00
DEMANDANTE: JESÚS ANTONIO FERNÁNDEZ ROCHA
**DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"**

Procede el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Bogotá a decidir el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral promovido por el señor **JESÚS ANTONIO FERNÁNDEZ ROCHA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No 11.425.366 expedida en Facatativá, contra el ente accionado **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"**, controversia que se resuelve en esta sentencia.

Se señalan en esta demanda las siguientes,

PRETENSIONES

"PRIMERO. Se declare la Nulidad Parcial de la Resolución No. 57807 del 17 de Diciembre de 2007 por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación, proferida por CAJANAL E.I.C.E. hoy en liquidación y se ordena el pago de la misma, en la cual aplicó parcialmente el artículo 36 de la ley 100 de 1993, aplicando para la liquidación del monto de la mesada pensional el 75% de lo devengado por mi representado durante el último año, comprendido entre el 27 de octubre de 1992 y 27 de octubre de 1993, pero sólo incluyó como factor salarial la asignación básica mensual, dejando por fuera otros factores salariales devengados.

SEGUNDO. Declarar la nulidad absoluta de las resoluciones UPAP 041480 del 28 de febrero de 2011 por medio de la cual se reliquida la pensión de mi representado, con el 75% del promedio de lo devengado entre el 28 de octubre de 1983 hasta el 28 de octubre de 1993, aplicando sesgadamente el numeral tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y la nulidad absoluta de la resolución RDP 001230 del 16 de abril de 2012, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de mi representado en los términos de la ley 33 de 1985 y la jurisprudencia al respecto y sobre lo devengado en el último año de servicios, resolviendo que la resolución PAP 41480 se profirió en derecho.

TERCERO.- Declarar la nulidad absoluta de la resolución No. RDP 001230 del 16 de abril de 2012, mediante la cual se negó la reliquidación solicitada el 29 de diciembre de 2011, en el sentido de que se incluyeran todos los factores salariales devengados, igualmente la nulidad absoluta de las resoluciones Nos.

RDP 004639 del 28 de junio de 2012 y la RDP 012748 del 22 de octubre de 2012, actos administrativos mediante los cuales se resolvieron los recursos de reposición y de apelación presentados en contra de la resolución RDP del 16 de abril de 2012, mediante la cual se negó la reliquidación solicitada.

CUARTO.-1- Que como consecuencia de la Declaración de Nulidad de las resoluciones demandadas se ordene, como Restablecimiento del Derecho, la Reliquidación de la Pensión Ordinaria de Jubilación de mi mandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al que fuera retirado del cargo por supresión del mismo, esto es entre octubre 27 de 1992 y octubre 27 de 1993, promedio debidamente actualizado e indexado hasta la fecha en que cumplió el requisito de edad el cual fue el día 05 de agosto de 2007, con los factores a saber tales como: SALARIO BASICO, PRIMA DE ANTIGÜEDAD, SUBSIDIO DE ALIMENTACION, HORAS EXTRAS, SUBSIDIO DE TRASNPORTE, PRIMA DE VACACIONES, BONIFICACION POR RECREACION, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACION POR SERVICIOS EN ABRIL, BONIFICACION SEMESTRAL y a la aplicación de los reajustes de ley a que tiene derecho.

Lo anterior, toda vez que la entidad presenta una gran contradicción entre los actos administrativos expedidos, (reconocimiento de pensión del cual toma el 75% del promedio del salario básico devengado en el último año, ley 33 de 1985- y con la resolución de reliquidación la 41480 del 28 de febrero de 2011, procede a reliquidar según ellos con el promedio de lo devengado por mi representado entre el 28 de octubre de 1983 hasta el 27 de octubre de 1993- tomados, según se colige, con base en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la sentencia 168 del 20 de abril de 1995 de la C. C. sin tener en cuenta que él cumplía con los requisitos del artículo 36 de la ley 100 de 1993, motivo por el cual entre otras cosas, la demandada acepta que está en el régimen de transición, por lo cual ya tenía el requisito de tiempo y solo pendiente el de la edad, para que se le aplicara como debe ser la ley 33 de 1985 con todos los factores salariales de esta ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado en este aspecto en aplicación al principio de favorabilidad.

CUARTO - 2- . Que la reliquidación de la pensión por retiro y supresión del cargo de mi mandante se realice a partir del año inmediatamente anterior a dicho retiro, y con base en el promedio de todos los factores salariales devengados por mi mandante durante este año, esto es 28 de octubre de 1992 a 27 de octubre de 1993.

QUINTO: Que se ordene a la entidad demandada se paguen las diferencias que resulten de restarle al valor que realmente le corresponde de su mesada pensional,(cuando se liquide el monto con todos los factores salariales y los reajustes de ley), el valor que le ha venido pagando la demandada desde el momento de la inclusión en nómina.

SEXTO: Que se condene al pago de los intereses moratorios propios del Art. 336 del Código Civil y **la indexación** a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses comerciales generados durante los primeros seis meses contadas a partir de la ejecutoria del Acto Administrativo que revisó la pensión de jubilación de mi poderdante.

SÉPTIMO: Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que como resultado se profiera en el presente proceso, conforme a la consabida fórmula emanada por las altas cortes reconociendo el I.P.C.

$$R = Rh \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} .$$

En donde el valor presente (R) se determinara multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora desde la fecha a partir de la cual se ordena el reconocimiento y pago de la pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios el consumidor, certificado por el

Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha que debió hacerse el pago, haciendo la claridad de que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicara separadamente mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos (primas) teniendo en cuenta que el índice inicial es vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

OCTAVO: Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso."

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Son hechos principales de la demanda:

1. El actor laboró en el Instituto de Cultura hoy Ministerio de la Cultura por más de 23 años.
2. El demandante fue pensionado mediante la resolución No. 57807 del 17 de diciembre de 2007, con el 75% del promedio devengado en el último año de servicios e indexando la primera mesada pensional, prestación que quedó condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio.
3. En virtud de la solicitud elevada por el demandante el 03 de abril de 2009 la Caja Nacional de Previsión Social EICE – en liquidación por medio de la resolución No. 41480 del 25 de febrero de 2011 reliquida la prestación del accionante, cambiando las condiciones inicialmente reconocidas pues toma como IBL lo devengado en los últimos 10 años de servicio.
4. El accionante solicita nuevamente la reliquidación pensional con el último año de servicios, solicitud que fue negada por la entidad accionada mediante la resolución No. 101230 del 16 de abril de 2012.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES

CONSTITUCIONALES:

Artículo 1, 2, 6, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional.

LEGALES:

- Artículo 4 de la Ley 4 de 1966.
- Decreto reglamentario 1743 de 1966.
- Decreto 1042 y 1045 de 1978.
- Leyes 33 y 62 de 1985.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP"

Notificado el auto admisorio de la demanda (fl. 62), la entidad accionada constituyó apoderada judicial, quien allegó contestación de la demanda (Fl. 65-73) oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma, por considerar que la pensión del actor se encuentra conforme a derecho, toda vez que la misma fue liquidada con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994, debido que cumplió su status pensional en vigencia de la Ley 100.

Así mismo, sustenta la apoderada que en caso de tenerse en cuenta la normatividad anterior, no es dable igualmente liquidar con todos los factores salariales devengados, pues no sobre todos se realizaron aportes al sistema.

Finalmente, relaciona jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al tema de la transición establecida en la Ley 100 de 1993.

Ministerio de Cultura

Notificado del llamamiento en garantía a la Nación – Ministerio de Cultura (fl. 110) constituyó apoderado judicial, quien allegó contestación del llamamiento en garantía, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones tanto del llamamiento como de la demanda, por considerar que las mismas carecen de fundamento legal, pues arguye que la entidad que representa no elabora, proyecta o emite actos administrativos de reconocimiento de pensión.

Aduce igualmente el apoderado del llamado en garantía que el Instituto Colombiano de Cultura realizó en debida forma y de manera oportuna los aportes correspondientes a CAJANAL, situación que se encuentra probada pues al momento del reconocimiento prestacional la entidad de previsión no reparó o requirió pago alguno de aportes.

CONSIDERACIONES

Surtido el trámite procesal correspondiente y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado el Despacho procede a adoptar la decisión que en derecho corresponde.

En el caso bajo examen se plantean dos problemas jurídicos a resolver, por razones metodológicas éste Despacho procede al análisis de cada uno de los problemas de manera separada, así:

El primer problema jurídico se circunscribe a determinar si la parte actora tiene derecho a la reliquidación y reajuste de su pensión mensual vitalicia de vejez teniendo en cuenta el 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados por todo concepto durante el último año de servicio, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985, en virtud de lo dispuesto para el régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De la revisión de la prueba documental aportada al expediente, se encuentra demostrado, lo siguiente:

Mediante la resolución No. 57807 del 17 de diciembre de 2007 la Caja Nacional de Previsión Social EICE reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación al actor, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, liquidando la prestación con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios (fl. 17-19).

Posteriormente la Caja Nacional de Previsión Social EICE reliquida la prestación del accionante mediante de la resolución No. PAP 041480 del 28 de febrero de 2011, modificando y desmejorando las condiciones inicialmente reconocidas, pues aunque aplica el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no tiene en cuenta de manera integral la Ley 33 de 1985, sino que liquida la prestación con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio (fl. 23-27).

Por medio de la resolución No. RDP 001230 del 16 de abril de 2012 la entidad accionada niega la reliquidación de la pensión con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios (fl. 31-35), decisión que fue confirmada por la entidad mediante las resoluciones Nos. RDP 004639 del 28 de junio de 2012 (fl. 36-39) y RDP 012748 del 22 de octubre de 2012 (fl. 42-46), respectivamente.

Así, la Entidad tanto en la resolución de reconocimiento (57807 del 17 de diciembre de 2007) como en la que reliquida (PAP 041480 del 28 de febrero de 2011) acepta que el actor se encuentra cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por lo tanto aplica el régimen anterior, sin embargo al momento de reliquidar la prestación lo hace única y exclusivamente en cuanto a la edad, tiempo, y tasa de reemplazo del 75%, no así en cuanto al Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el cual se remite a la Ley 100 de 1993, es decir tiene en cuenta para tal efecto el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, razón por la cual, como ya se indicó el problema jurídico gravita única y exclusivamente en torno a determinar si el accionante tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide (i) con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio y (ii) la inclusión de la totalidad de los factores salariales, teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985 y normas concordantes.

IBL para liquidar la pensión vitalicia de jubilación.

Efectivamente la Ley 33 de 1985, ha sido y continua siendo objeto de diferentes pronunciamientos por parte de las altas cortes, toda vez que su aplicación actual obedece a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición, cuyo marco normativo y jurisprudencial sobre pensiones entre 1994 y 2016 ha sido diverso y contradictorio, toda vez que hasta antes de la expedición de la SU 230 de 2015, este Despacho con fundamento en las Sentencias proferidas por las Salas de

Revisión de tutela de la Honorable Corte Constitucional entre las cuales cabe mencionar la T-472 de 2000, C-754 de 2004 T-019 de 2009, entre otras, así como de las sentencias de Unificación del Honorable Consejo de Estado especialmente la de fecha 4 de agosto de 2010, reconoció que quienes se encontraran beneficiados o cobijados por el denominado RÉGIMEN DE TRANSICIÓN tenían derecho a pensionarse con la aplicación **en su integridad** del régimen especial o general en el que se encontraba adscrito antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, Ley 33¹ de 1985, Decreto 546 de 1971, entre otras, y fueron cientos y cientos de sentencias proferidas por este Despacho amparando el régimen de transición en su integridad, es decir aplicando no solo los requisitos de tiempo (20 años de servicio), edad (55 años), y tasa de reemplazo del 75%, sino también como IBL el último año de servicios con la totalidad de los factores salariales devengados, excepto aquellos que la ley expresamente les hubiera restado ese carácter salarial, por cuanto, como lo indicó el Honorable Consejo de Estado, y la misma Corte Constitucional² hasta el año 2013, la transición implicaba la aplicación del régimen anterior en su integridad, ya que resultaría quebrantado el principio de inescindibilidad de la norma si se liquidara el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo normado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual para efectos de la reliquidación de las pensiones de vejez, se ordenaba tener en cuenta:

- Edad: 50 años para la mujer y 55 para el hombre
- Tiempo de servicio: 20 años
- Monto de la pensión o tasa de reemplazo: 75% del IBL
- Ingreso Base de Liquidación: Promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios (ley 33 de 1985), o promedio del salario más alto devengado durante el último año de servicios (ley 546 de 1971) ó el promedio de los últimos seis (6) meses de servicio (Decreto 929 de 1976 Contraloría General), pero en ningún caso la

¹ "Art. 1º El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. (...) PARAGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley".

² Corte Constitucional SU-230 de 2015. "Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado que cuando se trata de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, el concepto de monto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, ya que resultaría quebrantado el principio de inescindibilidad de la norma si se liquidara el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Precepto este que solo resultaría aplicable en el evento en que el régimen especial hubiese omitido fijar el método de encontrar la base reguladora². Es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela (T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009) cuya ratio decidendi precisa que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

liquidación correspondía al promedio de salarios y rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, consagrado en el artículo 21 y 36 inciso tercero de la Ley 100 de 1993.

- La totalidad de los factores salariales devengados durante dicho año, excepto aquellos a los que la ley expresamente les hubiese restado el carácter salarial.

Por lo anterior, la consecuencia obligada con anterioridad a la sentencia SU 230 de 2015 fue la declaración de nulidad de aquellos actos de reconocimiento pensional con régimen de transición cuya pensión se hubiera liquidado con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece:

"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 hiciera 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".

De conformidad con lo anterior, este despacho judicial ordenó en cientos de sentencias la aplicación integral de la Ley 33 de 1985, del Decreto 546 de 1971, acuerdo 049 de 1990, ley 71 de 1988, Decreto 603 de 1977, Decreto 929 de 1976, entre otros, normas que establecían que quienes se pensionaran bajo su vigencia tendrían derecho que su pensión fuera reconocida con el 75% del salario promedio obtenido durante el último año de servicios.

Además de la aplicación integral las Leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, y demás citadas precedentemente, este despacho judicial se fundamentó para adoptar múltiples decisiones de nulidad y restablecimiento del derecho en las sentencias de tutela de la Corte Constitucional expedidas durante dos décadas, y en la línea jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con la reliquidación de las pensiones de jubilación **teniendo en cuenta todos los factores devengados durante el último año de servicio**, y particularmente en la **Sentencia de Unificación** proferida por el H. Consejo de Estado – Sección Segunda, Consejero ponente: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en Sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), con número de radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) de LUIS MARIO VELANDIA contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, determinó:

"PENSION DE JUBILACION – Factores. Inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios. Interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad. Principio de igualdad. Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades. 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. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. (...)"

El precedente de la Corte de Cierre en materia Contenciosa Administrativa citado, permitió REAFIMAR la posición que venía adoptando este Despacho Judicial desde el año 2008 en más de un centenar de sentencias respecto al reconocimiento de factores salariales con fundamento en las leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, en el sentido de considerar que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no contenía una relación taxativa de factores y que para todos los efectos legales, debía tomarse como factor salarial para liquidar prestaciones todos los valores cancelados a los empleados públicos, durante el último año de servicio.

Decisión que mantiene este despacho judicial, teniendo en cuenta que con posterioridad a la decisión de la Corte Constitucional, la **Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejero ponente Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE en sentencia de fecha 25 de febrero de 2016, Radicado No. 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13)**, deja plenamente sentado que el Régimen de Transición debe ser aplicado en su integridad y señala que al tener la Sentencia SU 230 de 2015 su origen en una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que casó el fallo recurrido y ordenó la liquidación de la pensión teniendo en cuenta los últimos 10 años, avaló la posición que venía adoptando al respecto la Corte Suprema de Justicia, y no la posición del H. Consejo de Estado.

Estableció la Honorable Corte de Cierre de esta jurisdicción en la sentencia del 25 de febrero de 2016 que frente a los regímenes normativos especiales de pensión en virtud del régimen de transición, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse y ha considerado ajustadas a la Constitución y a la Ley las interpretaciones que en tal sentido ha tenido la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a excepción del régimen de Congresistas y los asimilados al mismo.

Insistió el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de jurisprudencia, en las razones que sustentan la postura que frente al ingreso base de las pensiones del régimen de transición ha adoptado, indicando que son principalmente:

"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 "bloqueo 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."³

Con fundamento en la decisión de unificación jurisprudencial del 25 de febrero de 2016 y como lo había indicado este Despacho Judicial, se colige que al aplicar la Sentencia SU-230 de 2015, se viola el principio de igualdad de quienes amparados por el régimen de transición obtuvieron el reconocimiento o solicitaron la reliquidación de su pensión con posterioridad a dicha providencia, respecto de quienes han sido beneficiados con la aplicación del régimen de transición de manera integral con fundamento en los diferentes pronunciamientos efectuados por el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional con anterioridad, los cuales son miles.

Así las cosas, este despacho judicial, con el fin de garantizar el derecho fundamental a la igualdad y la favorabilidad en materia laboral, procederá a

³ Sentencia de fecha 25 de febrero de 2016, Radicado No. 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13) Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejero ponente Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE

acoger la posición de la Corte de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sustenta tal decisión, el contenido del artículo 53 de la Constitución Política que consagra entre otras, la garantía de aplicar al trabajador la situación que le sea más favorable cuando exista duda en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho.

Así pues, el principio de favorabilidad es dable en dos eventos, (i) cuando existen dos normas vigentes aplicables a un caso particular y (ii) cuando frente a una norma aplicable existen varias interpretaciones. Frente a esta última situación, para la aplicación de la favorabilidad deben darse dos elementos:

1. La duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir una o más interpretaciones.
2. La efectiva concurrencia de las interpretaciones para el caso en concreto.

En el caso de autos se verifica el segundo supuesto, dada la existencia de dos interpretaciones diferentes de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de la Corte Constitucional, por lo cual el Despacho acogerá la más favorable al trabajador.

Adicionalmente, no puede perder de vista el derecho a la igualdad del accionante, derecho que ha sido analizado por la Corte de Constitucional⁴, así:

"4. La Igualdad

4.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la compleja naturaleza jurídica de la igualdad, en la medida en que se trata simultáneamente de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en el ordenamiento constitucional; así, por ejemplo, el preámbulo de la Carta Política establece, dentro de los principios que pretende asegurar el nuevo orden constitucional, el de la igualdad. Por otro lado, el artículo 13 de la Constitución Política ha sido considerado como la fuente del principio constitucional de igualdad y del derecho fundamental a la igualdad^[5].

Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el derecho a la igualdad constituye el fundamento insustituible del ordenamiento jurídico que emana de la dignidad humana, pues se deriva del hecho de reconocer que todas las personas, en cuanto lo son, tienen derecho a exigir de las autoridades públicas un mismo trato y por lo tanto merecen la misma consideración con independencia de la diversidad que exista entre ellas^[6].

El artículo 13 de la Carta Política establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. De igual forma prescribe que al Estado le corresponde promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-748/09 veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009) Conjuez Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Finalmente, señala que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, física o mental.

De esta forma, dicho precepto constitucional establece distintas dimensiones del derecho a la igualdad, tales como (i) igualdad ante la ley, en virtud de la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas^[7]; (ii) igualdad de trato, que excluye la posibilidad de que la ley regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual; e (iii) igualdad de protección, que asegura efectivamente gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades^[8].

De conformidad con lo anterior, respetando el derecho de igualdad en situaciones fácticas idénticas, como es el caso en estudio, este Despacho acoge la posición que al respecto ha mantenido el Consejo de Estado, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre los pares y en aplicación al principio de favorabilidad que rige en materia laboral, es decir que se debe aplicar íntegramente el régimen anterior, es decir la ley 33 de 1985, que en su artículo primero establece que "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".

Así, es evidente que al accionante le asiste el derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP" le reliquide la pensión de jubilación con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, es decir, sobre lo devengado entre el 28 de octubre de 1992 y el 27 de octubre de 1993.

En cuanto a los factores salariales:

La sentencia C-258 de 2013, ratificada por la SU 230 de 2015, dispuso que los factores de liquidación de la pensión serán aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario y que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales haya cotizado, para lo cual entonces procede la aplicación de la Sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado – Sección Segunda, Consejero ponente: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en Sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), con número de radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) de LUIS MARIO VELANDIA contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, que definió cuales son los factores salariales que deben tenerse en cuenta por ser remunerativos del servicio y deberá entonces tenerse como tal la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, independientemente si se cotizó o no respecto de ellos, pues como venía realizando este despacho judicial, en el evento de que no se hubiera cotizado sobre ellos, en la sentencia se ordenaba, pues no es del resorte del servidor público sino del nominador cotizar sobre ellos.

Considerar lo contrario sería amplia y verdaderamente violatorio de los principios pro homine, principio de progresividad y no regresividad de los

derechos laborales consagrados no solo en los convenios internacionales sino también en las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 1º, 2º., 48 y 53 de la misma Constitución Política, que representan valores esenciales, y pilares del Estado Social de Derecho, los cuales se ven afectados con el cambio de la jurisprudencia que por 20 años ha venido siendo aplicada a miles de pensiones de jubilación.

Lo anterior porque el operador jurídico tiene el sagrado deber de utilizar el criterio hermenéutico del principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos, y en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos como lo son los de la seguridad social consecuencia de la relación laboral protegida ampliamente por el artículo 53 constitucional, igualmente el juez está obligado a desechar o no aplicar la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, como en el caso de autos, en donde la SU 230 de 2015 modifica la línea jurisprudencial después de 20 años, cuando se han producido miles de sentencias con la tesis imperante entre 1994 y 2014 y cuando son de público conocimiento las luchas de los servidores públicos para obtener un salario razonable y justo, frente a los cuales el gobierno se niega insistentemente a aumentar el salario básico y los aumentos que se logran por parte de los servidores se ven reflejados en primas, subsidios, bonificaciones etc., pero no en su salario básico y cuando finalmente la Sentencia SU 230 de 2015, hizo apenas una referencia al tema de factores sin regularlo de manera clara y precisa.

De lo anterior se concluye que deben tenerse en cuenta **todos** los factores salariales percibidos por el servidor público como remuneración a su labor (IBL).

La anterior conclusión, además, porque como ya lo ha establecido la OIT en los diferentes convenios suscritos por el Estado Colombiano, todo lo que percibe el trabajador como remuneración del servicio, constituye salario, y por lo tanto esta instancia judicial de conformidad con lo dispuesto en la Sentencia C-258 de 2013, replicado en la Sentencia SU 230 de 2015, estima que habiéndolo determinado así las mencionadas sentencias, para la liquidación de pensiones se debe tener en cuenta **todos los factores salariales percibidos por el servidor público como remuneración a su labor**, a menos que la ley específicamente le haya restado ese carácter, como claramente quedó establecido en la Sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el H. consejo de Estado precedentemente mencionada.

De conformidad con lo expuesto, es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicio, excepto aquellos respecto de los cuales la Ley les restó el carácter de factor salarial, así las cosas, procede el Despacho a

realizar un comparativo entre los factores reconocidos por la entidad accionada y los que se encuentran certificados devengaba el actor en el periodo comprendido entre el 28 de octubre de 1992 y el 27 de octubre de 1993, a fin de determinar cuáles deben ser objeto de reconocimiento y cuáles no.

| Factores reconocidos en la Resolución No. PAP 041480 del 28 de febrero de 2011 (fl. 23-27) | Factores certificados por el Ministerio de Cultura (fl. 48-49) |
|---|---|
| Asignación Básica | Básico mensual |
| Prima Antigüedad | Prima de antigüedad |
| Bonificación Servicios Prestados | Bonificación por Servicios prestados |
| Horas Extras | Subsidio de Alimentación |
| | Subsidio de transporte |
| | Prima de vacaciones |
| | Bonificación recreación |
| | Prima Navidad |
| | Bonificación semestral |

De conformidad con lo anterior, se establece que efectivamente como lo señala el accionante en la demanda, la Entidad no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, ya que además de la asignación básica, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados y horas extras, ya reconocidos, la Entidad debió incluir los factores subsidio de alimentación, subsidio de transporte, prima de vacaciones, prima navidad y bonificación semestral, factores que constituyen salario, pues las Leyes 33 y 62 de 1985 no contienen una relación taxativa, sino meramente enunciativa y por lo tanto la Entidad accionada debió incluirlos en el monto pensional, y el no hacerlo se erige en un yerro de la Entidad empleadora como pagadora, que no descontó los aportes, siendo ostensible en consecuencia, ordenar una nueva liquidación en la que se tenga en cuenta los factores relacionados anteriormente.

Los actos demandados desconocen que todos los dineros devengados con ocasión de la relación laboral y como retribución de los servicios prestados (a menos que exista una ley que expresamente le reste ese carácter salarial en particular), deben ser considerados como factores a tener en cuenta para liquidar la pensión, razón por la cual este Despacho procede a reconocerlos.

Factores que no Constituyen Salario: Como se indicó precedentemente, si bien las leyes 33 y 62 de 1985 no contienen una relación taxativa de factores, también es cierto que existen algunos factores a los cuales la misma ley les resta el carácter de salarial y por tanto no pueden ser reconocidos, entre ellos se encuentra la Bonificación por recreación, pues la misma se encontraba contenida en el artículo 3 del decreto 451 de 1984⁵, disposición que fue modificada por el artículo 15 del Decreto 25 de 1995⁶, el cual dispuso:

⁵ Artículo 3º: Los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación, tendrán derecho a una bonificación especial por recreación en cuantía

"Artículo 15. Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente Decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute de sus vacaciones.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha señalada para iniciar el disfrute del descanso remunerado". (Subraya del despacho)

A su turno el Decreto 660 de 2002⁷, regulo respecto de la bonificación por recreación el cual fue derogado por el Decreto 3135 de 2003⁸, el cual en su artículo 14:

"Artículo 14. *Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, por cada período de vacaciones, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.*

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

De la normativa en cita se colige que la bonificación por recreación no es un factor salarial y así lo ha expresado en Consejo de Estado en diversos pronunciamientos, entre los cuales se extrae el proferido el día 3 de septiembre de 2009, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, así:

*De conformidad con el anterior criterio, el sueldo es la remuneración fija establecida para el cargo que ocupa el trabajador, teniendo en cuenta que este se estable en atención al grado o jerarquía del cargo desempeñado, mientras que el factor salarial se refiere a toda suma que se percibe en forma habitual y periódica y que se encuentra encaminada a retribuir el servicio, es decir, que esta última característica es el elemento fundamental que determina si un concepto constituye o no factor salarial.
(...)*

equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.

El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.

⁶ *por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Entes Universitarios Autónomos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden nacional y se dictan otras disposiciones.*

⁷ *Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y se dictan otras disposiciones.*

⁸ *Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la rama ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y se dictan otras disposiciones.*

Se concluye, entonces, que la bonificación por recreación no constituye salario, pues no se reconoce como contraprestación directa del trabajo desempeñado por el servidor público, sino que se ocasiona en razón de las vacaciones, ya sea que éstas se disfruten en tiempo o se compensen en dinero. Además, la normatividad expresamente ha indicado que no es factor salarial y, por lo tanto, no puede constituir base de liquidación de la indemnización por supresión de cargo."

Por lo anteriormente expuesto, es claro para este Despacho que la bonificación por recreación se constituye como una prestación social y no como un factor salarial, razón por la cual no sería admisible su inclusión dentro de la reliquidación pensional.

Conclusión: Así las cosas, se infiere que los actos acusados son contrarios a la ley y, por lo mismo, están incurso en causal de nulidad que desvirtúa su presunción de legalidad y permite que las súplicas de la demanda tengan vocación de prosperidad, como se determinará en la parte resolutive de esta providencia.

Descuentos: Respecto a los descuentos a la pensión sobre los factores que se reconocen en esta sentencia y que no fueron objeto de deducción legal, este Despacho ordenará que se realicen de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación No. 2006-07509-01 (0112-09), de 4 de agosto de 2010. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se indicó que en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez, el empleado está en la obligación de efectuar aportes durante la vigencia de la relación laboral como requisito indispensable para acceder a las citadas prestaciones, por tal motivo, cuando se ordene por esta jurisdicción la inclusión de factores salariales en una reliquidación de la pensión sobre los cuales no se hayan realizado las respectivas deducciones, como lo ordena el artículo 1848 de 1969⁹.

Estableció entonces la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 21 del Decreto 692 de 1994 y demás normas concordantes, que el monto de las cotizaciones que se deban realizar al sistema general de pensiones respecto de los aportes dejados de pagar antes del 1º de abril de 1994, estas se registrarán por las disposiciones vigentes con anterioridad a la mencionada fecha, y sobre aquellas cotizaciones realizadas a partir del 1º de enero de 1994, el monto a cancelar será en los siguientes porcentajes: Empleador el 75% y el trabajador el 25%.

Tal determinación del Consejo de Estado tuvo como fundamento el que en materia laboral priman los principios de progresividad¹⁰, y de favorabilidad¹¹,

⁹ "Art. 99.- Deducciones por aportes que se adeuden. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio."

¹⁰ "El principio de progresividad constituye una directriz en materia de política pública para los estados, en el sentido de velar porque los logros alcanzados en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales no se disminuyan en el transcurso del tiempo y, por el contrario, procurar la optimización progresiva de su disfrute"

¹¹ "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

y que las finanzas públicas "no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema", sin embargo aclara la Corte de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que si bien las finanzas públicas no pueden erigirse en el fundamento para que los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, también es cierto que se debe proteger el erario público realizando los descuentos cuando dichos factores sean reconocidos.

Frente al tema igualmente se había pronunciado Honorable Corte Constitucional¹², indicando que el empleador ejerce las funciones de agente retenedor cuando efectúa los descuentos parafiscales al trabajador y que tales valores no pertenecen al empleador sino que es un recurso parafiscal del sistema de pensiones, por lo cual las entidades de previsión tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, así como las herramientas para adelantar las acciones de cobro correspondientes.

Consecuentemente este Despacho Judicial, ordenará que por la Entidad accionada se realicen los descuentos por aportes a pensión no efectuados sobre los factores salariales que se reconocen en esta sentencia y su monto será cancelado en la proporción que corresponda al empleado de acuerdo con las disposiciones vigentes durante los períodos cotizados con anterioridad al primero (1º) de abril de 1994, y con posterioridad a esa fecha, el porcentaje será el indicado en el artículo 21 del Decreto 692 de 1994.

Sin embargo, si bien sobre los factores salariales reconocidos en ésta sentencia que no hayan sido objeto de cotización, deben realizarse los aportes correspondientes, éstos no pueden corresponder a toda la vida laboral del accionante, en virtud de la prescripción establecida en el artículo 817 del Estatuto Tributario el cual dispone que la acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, así las cosas, lo procedente es ordenar la prescripción sobre los valores correspondientes a los descuentos parafiscales, desde el 26 de octubre de 1985, es decir, se debe cancelar únicamente los valores dejados de cotizar sobre los factores ordenados en esta sentencia, en el periodo comprendido entre el 27 de octubre de 1985 y el 27 de octubre de 1993 (fecha de retiro).

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".

¹² Corte Constitucional, Sala Plena; Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero; sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998 de 1998; Referencia: Expediente D-1825; Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión; Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; Sentencia T-1201 del 2 de diciembre de 2004; Referencia: expediente T-942.079; Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión; Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-106 del 17 de febrero de 2006; Referencia: expediente T-1221427; Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión; Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia T-284 del 19 de abril de 2007; Referencia: expediente T-1496775; Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión; Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia T-668 del 30 de agosto de 2007; Referencia: expediente T-1545105.

Al respecto, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D”, ha indicado:

“Así las cosas, como los aportes a la seguridad social constituyen una contribución parafiscal, se impone aplicar lo establecido en el artículo 817 del Estatuto Tributario, el cual establece que la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de cinco (5) años. Preciado lo anterior, se tiene que, en el sub examine el accionante se retiró del servicio el 1o de julio de 2003, por lo tanto, el término de prescripción de los aportes para pensión frente a los factores que se ordena incluir en este proveído, opera respecto de los últimos cinco (5) años de servicio, esto es, por el período comprendido entre el 1o de julio de 1998 y el 1o de julio de 2003, los cuales deberán ser indexados conforme a la fórmula establecida por el H. Consejo de Estado”.

En conclusión, en virtud de la prescripción deben realizarse los aportes parafiscales única y exclusivamente para el periodo comprendido entre el 27 de octubre de 1985 y el 27 de octubre de 1993 (fecha de retiro), valores que deberán ser indexados de conformidad con la fórmula de Consejo de Estado.

El segundo problema jurídico gravita en torno a determinar si la accionada está obligada a actualizar el valor de la primera mesada pensional teniendo en cuenta que el accionante adquirió el status pensional en una fecha posterior a su retiro definitivo del servicio.

Se encuentra demostrado dentro del expediente que el accionante se retiró del servicio a partir del 27 de octubre de 1993, y la Entidad accionada reconoció la pensión con efectos a partir del 05 de agosto de 2007, fecha en la que adquiere el status de pensionado (reúne los requisitos de tiempo de servicio y edad).

El accionante solicita que por parte de este Despacho se ordene la actualización de los valores liquidados a la fecha de reconocimiento efectivo, por considerar que los mismos perdieron su valor adquisitivo.

Indexación de la mesada pensional. De la revisión de las normas que consagran el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación no se encuentra que taxativamente se estableciera o adoptara reglamentación alguna sobre la indexación de la mesada pensional.

No obstante lo anterior, este específico problema jurídico fue resuelto por la Corte de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, H. Consejo de Estado en sentencias del 18 de febrero de 2010¹³, M.P. Dr. Gustavo Eduardo

¹³ ***“ACTUALIZACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL - Procedencia ante hecho notorio de la devaluación en aplicación del principio de equidad. Indexación / INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL - Pensión de jubilación. Fórmula. Determinación del ingreso base de liquidación / INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL - Procedencia aun cuando no hubiera sido objeto de recurso de apelación(...)*** En efecto, la cuantía de la pensión de jubilación del actor, efectiva a partir del 19 de febrero de 2000, se reconoció y pagó con valores deteriorados, puesto que ellos datan de casi dos años atrás. Su reconocimiento en tales términos resulta inequitativo pues es indiscutible que no tiene el mismo poder adquisitivo el promedio de lo devengado en el período comprendido entre los meses de mayo de 1997 y 1998, que el promedio que debía corresponder a 19 de febrero del 2000, fecha a partir de la cual se reconoció la pensión habiendo cobrado efectos ya el impacto inflacionario sobre las sumas percibidas en dicho lapso, estableciéndose por tanto la liquidación de la pensión con valores empobrecidos. Si bien, el régimen anterior aplicado por virtud de la transición no contempla la actualización

Gómez Aranguren, Radicado: 25000-23-25-000-2004-04269-01(1020-08), ratificado por la Honorable **CORTE CONSTITUCIONAL**, Acción de Tutela Su-1073 del 12 de diciembre de 2012¹⁴, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

"(...) De conformidad con los hechos, la Sala reitera lo tantas veces sostenido por la Corporación, en el sentido de que calcular el monto de la mesada pensional con base en un ingreso significativamente menor al que el extrabajador percibió años antes de que finalmente le fuera reconocida la pensión, contraría el mandato superior del derecho a percibir una pensión mínima vital calculada teniendo en consideración los fenómenos inflacionarios y la consecuente pérdida de poder adquisitivo del dinero. Así como también compromete los derechos fundamentales al debido proceso, y a la igualdad del pensionado cuando, aún después de haber agotado todos los medios de justicia ordinaria de los que disponía, el trabajador encuentra que la violación de sus derechos goza de la legitimidad aparente que le otorga un fallo judicial. Este derecho como ya se explicó, en extenso, en la parte motiva de esta providencia, es aplicable a todas las categorías de los pensionados inclusive a aquellos que les fue reconocido el derecho con anterioridad a la vigencia de 1991.

Por ello, las decisiones proferidas dentro de los procesos judiciales que negaron el derecho a los pensionados a la indexación de su primera mesada pensional, incurrir en una de las causales específicas de procedencia de la acción contra providencia judicial, específicamente vulneración directa de la Constitución (...)"

Así, a pesar de no encontrarse norma expresa que indique la indexación de la primera mesada pensional de los trabajadores, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado¹⁵ se han encargado de establecer y darle viabilidad a las solicitudes de los trabajadores, teniendo en cuenta las razones de justicia y equidad, por lo tanto debe disponerse la actualización de las prestaciones económicas.

De la revisión de la resolución No. 57807 del 17 de diciembre de 2007 por medio de la cual se reconoce la prestación a la actora y la resolución No. PAP 041480 del 28 de febrero de 2011 mediante la cual reliquida la pensión de jubilación que devenga la actora, se evidencia que la Entidad actualizó el salario promedio base de liquidación, por lo que se verifica que la base de la pensión fue actualizada a la fecha del status de pensional.

de la base salarial para el reconocimiento y pago de pensiones en circunstancias como las del demandante, es innegable que en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias se convierte en un factor de equidad y de justicia, que permite el pago del valor real de las acreencias. Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación de la base salarial de liquidación pensional en casos como éste, aun cuando dicho aspecto no hubiese sido objeto del recurso de apelación constituye un punto íntimamente relacionado con el mismo, además una decisión ajustada a la Ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta, razón por lo que se adicionará el fallo del a quo en sentido de ordenar la actualización del promedio devengado en el último año de servicios hasta la fecha en que se hizo efectiva la pensión.

¹⁴ **CORTE CONSTITUCIONAL**, Acción de Tutela Su-1073 del 12 de diciembre de 2012, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵ H. Consejo de Estado en sentencias del 18 de febrero de 2010, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicado: 25000-23-25-000-2004-04269-01(1020-08), ratificado por la Honorable **CORTE CONSTITUCIONAL**, Acción de Tutela Su-1073 del 12 de diciembre de 2012, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub..

Ahora bien, con la orden de inclusión de la totalidad de los factores salariales que se reconocerán en este proveído, es de justicia y equidad, ordenar a la entidad accionada que al momento de promediar los factores reconocidos, estos sean previamente actualizados al 05 de agosto de 2007, a fin de que no pierdan su valor adquisitivo, pero se repite única y exclusivamente en cuanto a los factores a reconocer en esta sentencia, pues los ya incluidos en la resolución de reconocimiento ya se encuentran indexados.

Aclara entonces este Despacho, que no puede la entidad accionada fundamentarse en lo anterior para negar la indexación de los factores que se reconocen en esta sentencia y mucho menos proceder a disminuir el monto ya indexado de los factores incluidos en el reconocimiento inicial de la pensión de jubilación, pues debe quedar absolutamente claro que lo que aquí se está ordenando es la indexación de los nuevos factores, independientemente de la operación aritmética que se realice para su reconocimiento.

Así las cosas, se infiere que los actos acusados son contrarios a la ley y, por lo mismo, están incurso en causal de nulidad que desvirtúa su presunción de legalidad y permite que las súplicas de la demanda tengan vocación de prosperidad, como se determinará en la parte resolutive de esta providencia.

El restablecimiento del derecho comprenderá:

La reliquidación pensional. La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"** deberá volver a liquidar la pensión de jubilación de la parte actora y reconocerla en cuantía del 75% del promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, esto es, desde el 28 de octubre de 1992 al 27 de octubre de 1993, incluyendo además de los factores asignación básica, prima de antigüedad, horas extras y bonificación por servicios prestados, ya reconocidos, los denominados: subsidio de alimentación, subsidio de transporte, prima de vacaciones (1/12), prima de navidad (1/12) y bonificación semestral (1/12), certificados por el Ministerio de Cultura.

Los reajustes pensionales. La Administración, una vez determinada la cuantía original de la pensión reliquidada, deberá "reajustarla" de conformidad con la ley, para determinar el valor de las mesadas pensionales reajustadas y la fecha desde la cual obligan.

Actualización del ingreso base de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor. La administración, deberá ACTUALIZAR el ingreso base de la pensión, en cuanto a los factores salariales reconocidos en esta sentencia, con fundamento en el índice de precios al consumidor, valor que servirá de base para la liquidación de los aportes o cotizaciones no realizados durante el tiempo de la desvinculación.

Para tal efecto, de conformidad con lo manifestado por las altas corte en los fallos referidos la fórmula aplicable, será la establecida en la sentencia T-098 de 2005¹⁶.

Descuentos. Se ordena que por la Entidad accionada se realicen los descuentos del valor de los aportes no realizados sobre los factores salariales reconocidos, monto que será pagado en la proporción que corresponda al trabajador de acuerdo con las disposiciones vigentes durante los períodos cotizados con anterioridad al primero (1º) de abril de 1994.

Igualmente se ordena que por el Ministerio de Cultura se realice el pago de los aportes correspondiente a los factores ordenados en esta sentencia sobre los cuales no se haya realizado cotización, en la proporción que corresponda.

Aclarando que los valores a descontar corresponden única y exclusivamente al periodo comprendido entre el 27 de octubre de 1985 y el 27 de octubre de 1993 (fecha de retiro), en virtud de la prescripción quinquenal establecida en el artículo 817 del Estatuto Tributario.

Las prescripciones de las diferencias pensionales. A la parte actora se le reconoció pensión mensual vitalicia de Vejez mediante resolución No 57807 del 17 de diciembre de 2007 efectiva a partir del retiro; el acto administrativo mediante el cual se confirma la decisión de negar la reliquidación del accionante es del 22 de octubre de 2012 y presentó la demanda el 16 de junio de 2016, es decir entre la fecha de expedición del acto administrativo acusado y la presentación de la demanda transcurrieron más de tres años, teniendo entonces que para efectos de determinar la prescripción del derecho se debe tomar la fecha de radicación de la demanda dentro del medio de control, esto es, el 16 de junio de 2016, razón por la cual infiere este Despacho que el fenómeno de la prescripción tuvo ocurrencia sobre las mesadas causadas con anterioridad al 16 de junio de 2013.

El ajuste al valor. Las sumas a reconocer y pagar serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., teniendo en

¹⁶ "Fórmula que deberá aplicar el Citibank para efectuar la indexación de la primera mesada pensional del actor.

El ajuste de la mesada pensional del demandante se hará según la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente al 27 de enero de 1974.

Debe determinarse así el valor de la primera mesada pensional actualizada a 10 de diciembre de 1980. El Citibank Colombia procederá a reconocer y liquidar los reajustes pensionales de los años posteriores, conforme a la normatividad aplicable.

Después establecerá la diferencia resultante entre lo que debía pagar y lo que efectivamente pagó como consecuencia del reconocimiento de la pensión. De dichas sumas no se descontarán los aportes que por ley corresponda hacer al pensionado al sistema de seguridad social en salud, pues existe prueba en el expediente de que éstos fueron pagados.(...)"

cuenta para ello las fechas de causación y de pago efectivo de las mismas. En consecuencia se deberá aplicar la fórmula establecida por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado aplicada por la Sección segunda de la alta corporación a saber:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el accionante desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia por el índice inicial vigente a la fecha en que debía hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

Los intereses. Se pagarán intereses en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el Art. 192 del C.P.A.C.A.

Respecto de las **COSTAS**, considerando que la Entidad demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos. (i) parcial 57807 del 17 de diciembre de 2007 mediante la cual se reconoce la pensión de vejez al actor, (ii) PAP 041480 del 28 de febrero de 2011 mediante la cual se reliquida la pensión, (iii) RDP 001230 del 16 de abril de 2012 por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión, (iv) RDP 004639 del 28 de junio de 2012 por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y (v) RDP 012748 del 22 de octubre de 2012 mediante la cual se resuelve un recurso de apelación.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad a título de restablecimiento de derecho, **CONDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP"** a efectuar una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de vejez del señor **JESÚS ANTONIO FERNÁNDEZ ROCHA** identificado con la Cédula de

Ciudadanía No. 11.425.366 expedida en Facatativá, equivalente al 75% del promedio de salarios devengados en el último año de servicio como empleado público, esto es, desde el 28 de octubre de 1992 al 27 de octubre de 1993, incluyendo además de asignación básica, prima de antigüedad, horas extras y bonificación por servicios prestados, ya reconocidos, los factores denominados: subsidio de alimentación, subsidio de transporte, prima de vacaciones (1/12), prima de navidad (1/12) y bonificación semestral (1/12), certificados por el Ministerio de Cultura, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- Al momento de realizar la liquidación para cancelar los valores resultantes del aumento salarial se tendrá en cuenta para descontar lo ya aceptado por este concepto, así como las sumas correspondientes a los descuentos del valor de los aportes no realizados sobre los factores salariales reconocidos, monto que será pagado en la proporción que corresponda al trabajador de acuerdo con las disposiciones vigentes durante los períodos cotizados con anterioridad al primero (1º) de abril de 1994.

Aclarando que los valores a descontar corresponden única y exclusivamente al periodo comprendido entre el 27 de octubre de 1985 y el 27 de octubre de 1993 (fecha de retiro), en virtud de la prescripción quinquenal establecida en el artículo 817 del Estatuto Tributario.

CUARTO.- CONDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP** a actualizar la base de liquidación de la pensión de la actora, en cuanto a los factores salariales ordenados en el numeral segundo, durante los años 1994 a 2007 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO.- CONDENAR a la **NACION – MINISTERIO DE CULTURA** a efectuar el pago de los aportes correspondiente a los factores ordenados en esta sentencia sobre los cuales no se haya realizado cotización.

SEXTO.- Las sumas a reconocer y a pagar deberán ser reajustadas y actualizadas aplicando la fórmula establecida por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- DECLARAR prescritas las mesadas pensionales y actualización de la primera mesada, causadas con anterioridad al 16 de junio de 2013, conforme la parte motiva de esta providencia, advirtiendo que existe prescripción respecto del pagó, pero debe hacerse el reajuste por la diferencia para la liquidación de las mesadas futuras sin limitación alguna.

OCTAVO.- NEGAR el factor salarial denominado bonificación por recreación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO.- A la sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A., y los valores que resultaren a deberse deberán actualizarse en la forma dispuesta en el artículo 187 del mismo estatuto y en los términos señalados en la parte motiva.

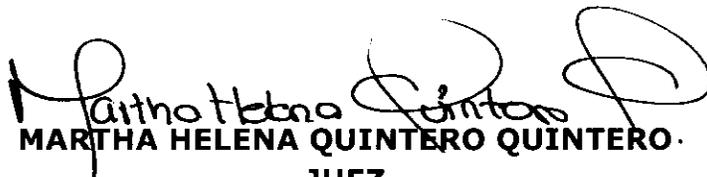
DÉCIMO.- No hay lugar a condena en costas.

DÉCIMO PRIMERO.- Ejecutoriada la presente providencia expídanse copias a las partes de conformidad a lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.

DÉCIMO SEGUNDO.- Devolver a la parte demandante señor **JESÚS ANTONIO FERNÁNDEZ ROCHA** identificado con la Cédula de Ciudadanía No 11.425.366 expedida en Facatativá, el remanente de los gastos del proceso, si hubiere lugar a ello.

DÉCIMO TERCERO.- La presente providencia, se notifica a las partes de conformidad al artículo 203 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 247 ibídem.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MARTHA HELENA QUINTERO QUINTERO.
JUEZ

EJBR

