

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: BELISARIO NIÑO LAGOS

**DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**

RADICACIÓN: 150013333-012013-0108-00

Tunja, veintiséis (26) de octubre dos mil quince (2015).

I.- ASUNTO.

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, una vez agotado el trámite de instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada, mediante apoderado, por el señor BELISARIO NIÑO LAGOS, en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP¹

1.- DECLARACIONES Y CONDENAS

Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° RDP 009856 del 21 de septiembre y RDP 016955 de fecha 26 de noviembre del año 2012, proferidas por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensional y el Director de Pensiones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, mediante los cuales le negaron la reliquidación de la pensión de vejez al demandante BELISARIO NIÑO LAGOS, con la inclusión de todos los factores salarios devengados en el último año de servicio.

Que como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento se condene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, lo cual

¹ Folio 3-15

arroja una cuantía efectiva de \$763.693, efectiva a partir del 30 de noviembre de 2002.

Así mismo, solicita que sobre las mesadas resultantes se hagan los reajustes pensionales conforme al Índice de Precios al Consumidor, desde el día 30 de noviembre de 2002 y hasta que efectivamente se pague.

Finalmente se condene a la entidad demandada, a pagar sobre las diferencias adeudas, teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor y paguen los intereses de mora sobre las sumas adeudas, así como las costas teniendo en cuenta el artículo 192 del C.P.A.C.A.

2.- FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Dentro del escrito demandatorio se extrae como sustento de las pretensiones, los siguientes hechos relevantes:

Indicó que, prestó sus servicios en la Secretaria de Salud del Departamento de Boyacá desde el 18 de mayo de 1972 y hasta el 29 de noviembre de 2002, fecha del retiro definitivo.

Explicó que, nació el 10 de junio de 1943, de manera que, adquirió su status pensional el 10 de junio de 1998, y fue retirado del servicio por medio de la Resolución N° 1599 de fecha 11 de octubre de 2002.

Manifestó que, mediante Resolución N° 39951 de fecha 24 de noviembre de 2005, le fue reliquidada la pensión de jubilación, sin que le fueran incluidos todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, de manera que, elevó petición a la entidad demandada a fin de que le fueran incluidos todos los factores salariales de conformidad con la sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010; petición que fue resuelta de forma negativa por medio de la Resolución N° 009856 de fecha 21 de septiembre de 2012 y confirmada por medio de la Resolución N° RDP 016955 de fecha 26 de noviembre de 2012.

Adujo que, se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en razón a que el 1° de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios. Añadió que, en el último año de servicio devengó:

asignación básica, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por servicios prestados, por lo que deben ser tenidos en cuenta al momento de realizar la reliquidación pensional.(fls. 4-7)

3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Indica, como normas transgredidas los artículos 2,6,13,25 y 58 de la Constitución Nacional; artículo 10 del Código Civil; Ley 57 de 1887; artículo 5 de las Leyes 33 y 62 de 1985; ley 4ª de 1966; Ley 1045 de 1978 y la Ley 1437 de 2011.

El concepto de violación puede sintetizarse así:

Indicó que, la entidad demandada al no realizar la reliquidación de la pensión del demandante, de acuerdo al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el cual se encuentra inmerso el demandante, desconoce el mandato constitucional consagrado en el artículo 48 de la norma superior.

Explicó que, la entidad demandada con la expedición de los actos administrativos acusado, desconoció la Ley, dado que no le está reconociendo el derecho pensional teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985 y el Decreto Ley 1045 de 1978. Añadió que, deben ser incluidos todos los factores devengados por el accionante en el último año de servicio, esto es: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

Manifestó que, la expedición de la sentencia de unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado, dentro del radicado N° 2500-23-25-000-2006-7509-01(0112-09) de fecha 04 de agosto de 2010, en la cual se estableció que las sumas que el servidor público recibió habitual y periódicamente en el último año de servicio constituyen salario base de liquidación, de manera que, el listado de factores salariales previstos en la Ley 33 y 62 de 1985, es meramente enunciativo y no taxativo.

Adujo, que la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales en los actos administrativos acusados, citó como normas aplicables la Ley 100 de 1993 y Decreto 1158 de 1994, desconociendo los derechos adquiridos y el régimen de transición en el cual se encuentra inmerso el accionante.

II. ALEGACIONES

2.1.- CONTESTACION DE LA DEMANADA

La parte demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP**, por intermedio de su apoderado judicial dio contestación a la demanda², oponiéndose a las pretensiones de la demanda y señaló que el demandante adquirió su status pensional el 10 de junio de 1998, después de que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, beneficiándose del régimen de transición.

Indicó que, en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, son lo que se encuentran estipulados en el Decreto 1158 de 1994, de manera que, una decisión diferente estaría desconociendo lo previsto normativamente.

Explicó que, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, consideró que una interpretación que permita la inclusión de todos los factores sin que se tenga en consideración si estos tienen el carácter remunerativo o si sobre estos se realizó cotización al sistema General de Pensiones es inconstitucional, puesto que va en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005.

Adujo que, no es opcional el reconocimiento y aplicación de la Jurisprudencia Constitucional, dado que éste es el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, de manera que, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y los particulares cuando a través de sus competencias establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Constitución Nacional.

Señaló que, es pertinente que la entidad se aparte del precedente del H. Consejo de Estado, en relación con las aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón a los pronunciamientos imperativos que ha realizado la Corte Constitucional, aunado a la figura de la extensión de la jurisprudencia de acuerdo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² Folios 92-102

Destacó que, acceder a la pretensiones de la demanda quebranta el principio de solidaridad previsto en el acto Legislativo N° 1 de 2005, dado que, bajo el principio de solidaridad, los aportes al régimen general de pensiones constituye un sistema bajo el cual, los aportes los realiza el afiliado y son sobre los cuales se debe liquidar la pensión, lo contrario implica un desequilibrio al sistema financiero del Régimen General de Pensiones.

Puntualizó que, en cuanto al demandante, se liquidó la mesada pensional con el régimen pensional que le resulta más favorable, siendo este el consagrado en las disposiciones de la Ley 100 de 1993, aplicando un ingreso base de liquidación con una tasa de reemplazo del 75%. Añadió que, no es procedente reliquidar la pensión de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, por cuanto debe ser liquidada la pensión de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/93 y los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Reiteró que, el demandante adquirió el status pensional el 10 de junio de 1998, es evidente que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaba un año para adquirir el derecho, por ende no es viable que el ingreso base de liquidación se calculara con lo devengado en el último año de servicio, sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años o el tiempo que le hiciere falta.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó: “inexistencia de la obligación”, “inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales”, “prescripción de las mesadas pensionales” y “solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones”.

La primera de ellas bajo el argumento que, el reconocimiento y pago del derecho pensional se realizó de acuerdo con las normas aplicables al caso concreto, de manera que, no se configura un error o una inaplicación de la Ley.

En cuanto al medio exceptivo, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, señaló que la entidad ha actuado de acuerdo a las previsiones normativas, de manera que no se puede endilgar violación de derechos constitucionales.

Referente a la excepción de prescripción de mesadas pensionales, adujo que en el caso eventual de condenar a la entidad demandada se de aplicación a la prescripción de las mesadas o a las diferencias de las mensualidades causadas con anterioridad a los tres años de la presentación de la demanda de conformidad con el Decreto 1848 de 1969.

En lo relacionado con la excepción de reconocimiento de oficio de excepciones, precisó que en caso que se encuentre excepción de fondo probada, declare en la sentencia. (fls. 92-102)

2.2. ALEGACIONES FINALES

Corrido el traslado para alegar el apoderado de **(i) la parte demandante**, presentó escrito de alegatos reiterando los argumentos de la demanda y añadió que la Ley 33 de 1985, estableció que la pensión se debe liquidar teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicio y no como lo realizó la entidad demandada, de manera que al encontrarse inmerso el señor Belisario Niño Lagos dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que la reliquidación pensional se realice teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicio, más aún cuando el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 04 de agosto de 2010, unificó el criterio señalando que es válido tener en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, todas aquellas sumas que habitualmente percibe el trabajador como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé. (fls. 190-192)

(ii) La parte demandada, reitero los argumentos expuestos con la contestación de la demanda y reitero que el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición y en consecuencia se pensiono con 55 años de edad, 20 años de servicio y el 75% como monto de la pensión tal y como lo indica la Ley 33 de 1985, pero las demás condiciones y requisitos tales como el periodo sobre el cual se liquida la pensión y los factores salariales que se tuvieron en cuenta en la liquidación son los indicados en la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1158 de 1994, toda vez que, el actor adquirió su status jurídico el 10 de junio de 1998.

Finalmente solicita se de aplicación por parte del Despacho la Sentencia SU-230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, en razón a que el mencionado

proveído reitera la interpretación correcta del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece el régimen de transición y ratifica la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señalado que las mesadas de las personas que se encuentran inmersas en el régimen de transición se liquidan con edad, tiempo de cotización y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendido monto única y exclusivamente como tasa de reemplazo, es decir que el cálculo del IBL, se hace con las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993. (fls. 178-189)

III. CONSIDERACIONES:

Agotado el trámite procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a decidir el caso sub examine.

3.1. PROBLEMA JURIDICO POR RESOLVER

El presente asunto se contrae a determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones RDP 009856 del 21 de septiembre y RDP016955 del 26 de noviembre de 2012, por medio de las cuales la entidad demandada negó la reliquidación del derecho pensional, a fin de que se le incluyeran todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, lo anterior teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado, o por el contrario, el precedente previsto en la sentencia SU-230 de 2015.

3.2.- PRUEBAS OBRANTES EN EL PROCESO

- Copia auténtica de la Resolución N° RDP 009856 de fecha 21 de septiembre de 2012, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, le negó al demandante la reliquidación de la pensión de jubilación. (fls. 20-24)
- Copia simple del recurso de alzada suscrito por el apoderado de la parte demandante, en contra de la Resolución N° RDP 009856 de fecha 21 de septiembre de 2012. (fls. 26-27)
- Copia autentica de la Resolución N° RDP 016955 de fecha 26 de noviembre de 2012, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social,

confirmando la Resolución RDP 009856 de fecha 21 de septiembre de 2012. (fls. 28-31)

- Certificación suscrita por el Director de Servicios Administrativos de la Gobernación de Boyacá, en la cual se indica el tiempo de servicio del demandante, es decir desde el 18 de mayo de 1972 hasta el 30 de noviembre de 2002. Así mismo, indica los factores salariales devengados durante el año 2001 y hasta noviembre de 2002. (fls. 32-34)

3.3.- EXCEPCIONES

Frente a los medios exceptivos propuestos por la parte demandada, el Despacho señala lo siguiente.

El apoderado de la parte demandada propuso como excepciones las denominadas "inexistencia de la obligación", "inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales", "prescripción de las mesadas pensionales" y "solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones"

Teniendo en cuenta los medios exceptivos propuestos "inexistencia de la obligación", "inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales" y, "solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones", es evidente que los argumentos esgrimidos en el que funda los medios exceptivos mencionados no pretenden enervar la acción, convirtiéndose en argumentos defensivos, de manera que se resolverá con el fondo del asunto.

En cuanto a la prescripción, alegada teniendo en cuenta que los derechos laborales prescriben tres años después de haberse causado, el Despacho emitirá pronunciamiento una vez verificada la estructuración del derecho.

3.4.- ANALISIS DEL CASO

3.4.1.- Marco Normativo

3.4.1.1.- Del Precedente Jurisprudencial

El precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya

reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida.

La jurisprudencia constitucional ha considerado el valor de las resoluciones judiciales de los órganos judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones frente a decisiones posteriores que deban adoptar los jueces y tribunales, es decir, su condición de '*precedente*'. Este asunto plantea la antigua discusión sobre la fuerza obligatoria de las sentencias, más allá de las causas para cuya resolución fueron dictadas. En otras palabras, si determinadas fallos judiciales han de erigirse en una especie de regla general para la posterior solución de casos semejantes.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha distinguido dos clases de precedentes los horizontales y los verticales, a fin de establecer en cada caso la contundencia que el juez debe dar a cada uno de ellos al momento de decidir un asunto.

En cuanto al ***Precedente horizontal***, ha señalado la Corte Constitucional que se refiere a aquellos fijados por autoridades de la misma jerarquía o la misma autoridad. Sobre este aspecto la Corte Constitucional ha señalado que las autoridades judiciales deben ser consistentes con las decisiones adoptadas por ellas mismas, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas fórmulas de juicio, a menos que expongan razones suficientes para decidir en sentido contrario. En desarrollo de este asunto, en la sentencia T-049 de 2007, la Corte estableció que este precedente cuenta con fuerza vinculante por cuatro razones básicas: "*(i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser 'razonablemente previsibles'; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de 'disciplina judicial', en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial.*"³

³ En dicha sentencia, los puntos fueron desarrollados ampliamente así: En cuanto a la relación con al igualdad (i) y la seguridad jurídica (ii) la Corte ha concluido lo siguiente: "(...) todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica - pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que

Así las cosas, se puede establecer que si un juez desconoce sus propios precedentes, ya sea porque omite hacer referencia a ellos, o porque no presenta motivos razonables y suficientes para justificar su nueva posición, la consecuencia no es otra que la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso, lo que da lugar a la protección mediante acción de tutela.⁴

Por su parte, el **Precedente vertical**, se refiere al deber de observancia de los lineamientos sentados por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. En ese orden de ideas, un juez de inferior jerarquía debe seguir la posición adoptada por los entes judiciales superiores. Para la mayoría de asuntos, la interpretación que deben seguir los funcionarios judiciales es determinada por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los asuntos que no son susceptibles de ser revisados por esas corporaciones, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales.

En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada jurisprudencialmente. En estos casos la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados, ya que estos constituyen la cúspide de los diversos órganos judiciales.

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACION – PRECEDENTE.

presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (ratio decidendi) de sus precedentes decisiones.” (Sentencia C-447 de 1997. En sentido similar puede consultarse la Sentencia T-123 de 1995, T-468 de 2003, T-330 de 2005). Sobre el precedente y su relación con los principios de buena fe y confianza legítima (iii) la jurisprudencia considera: “Las exigencias éticas derivadas del principio de la mutua confianza, imponen que todas las autoridades públicas y, especialmente, las judiciales actúen con consistencia y uniformidad, de modo tal, que siempre deben estar en disposición de adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos.” (Sentencia T-468 de 2003). Por su parte, en cuanto a la disciplina judicial (iv), la Corte ha explicado que *“el deber de atender los precedentes, resulta consustancial al ejercicio armónico de la función judicial, no sólo en atención a las decisiones propias y de los superiores, sino en armonía con los alcances mismos de la Constitución”* (Sentencia C-252 de 2001. Ver también la sentencia T-292 de 2006).

⁴ Así en la sentencia T698 de 2004, se indicó: *“En mérito de lo expuesto, tenemos que a fin de garantizar el principio de igualdad y asegurar igualmente la autonomía e independencia judicial, los operadores jurídicos que resuelvan un caso de manera distinta a como fue decidido por ellos mismos en eventos semejantes, o si se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango sin aducir razones fundadas para esa separación, incurrirán necesariamente en una vía de hecho, susceptible de protección a través de la acción de tutela”.*

Advierte este despacho que con la 1437 de 2011, en el artículo 270 consagra:

“Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.” (Negrilla fuera de texto)

Y en el artículo 10 de esta misma norma señalo:

“Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”⁵ -

En razón a lo anterior este despacho tendrá en cuenta la providencia del Consejo de Estado dando aplicación a la ley 1437 de 2011, art. 10 teniendo en cuenta que el Alto tribunal Constitucional lo declara exequible en sentencia C-634- 11. Además teniendo en cuenta que el aquí demandante nació el 10 de junio de 1943 y prestó sus servicios el Departamento de Boyacá- Servicio de Salud de Boyacá, desde del 18 de mayo de 1972 y hasta el 30 de noviembre de 200, le fue reconocida pensión de vejez en el año 2002. Es decir antes del pronunciamiento de la Corte Constitucional en el año 2013.

En las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015. 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 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

⁵ Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

Sin embargo, y de acuerdo a lo ha precisado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones. De manera que, la jurisprudencia, por definición constitucional, al ser un “criterio auxiliar” de interpretación de la actividad judicial, de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Nacional, y de este modo los jueces en sus providencias “sólo están sometidos al imperio de la ley.

Notando que en C-258/13, se analizó la pensiones de los congresistas y Magistrados de las Altas Cortes, art. 17 de la ley 4 de 1992.

En efecto, las sentencias de constitucionalidad tienen alcance obligatorio para todos los jueces por cuanto corresponde a la Corte Constitucional determinar el espíritu de la ley en conformidad con la Constitución Política. Las cuales se deben aplicar a casos en concreto y claros en que procedente su aplicación.

3.4.1.3.-RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se establecieron nuevos parámetros para el otorgamiento de las pensiones; sin embargo en el artículo 36 de la norma, se le dio un tratamiento preferencial a las personas que se encontraran en transición, es decir, que estuvieran a portas de adquirir su derecho pensional, ya sea por el tiempo de servicio o por la edad; precisamente la disposición previó lo siguiente:

*“ARTÍCULO 36. 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 el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 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 (15) o más años de servicios cotizados**, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...)” (Resaltado y negrilla fuera del texto)*

Según las probanzas arrimadas al proceso, se tiene que el señor BELISARIO

NIÑO LAGOS, al momento de entrar en vigencia⁶ el Sistema de Pensiones de la Ley 100 de 1993 – 1º de abril de 1994 –, contaba con 49 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 10 de junio de 1943 (fls.cd- 91); además contaba con 21 años y 11 meses de servicios, siendo que ingresó a laborar al servicio del Departamento de Boyacá desde el 18 de mayo de 1972 (fl. 32).

En ese orden de ideas, resulta incuestionable que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que su reconocimiento pensional debió sujetarse a la normativa anterior a la expedición de la citada Ley.

El Consejo de Estado a través de sentencia de unificación⁷ 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.

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.⁸

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 1978⁹, se observa que

⁶ ARTICULO 151. Vigencia del Sistema General de Pensiones. "El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma. (...)"

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200607509 01.-

⁸ Ob., cit

⁹ "Artículo 45. "De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

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; aún 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.

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.

Sobre el particular el H. Consejo de Estado ha señalado respetando el precedente jurisprudencial, lo siguiente:

Ahora bien, el artículo 150 de la Constitución Política establece:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

*19. Dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)
e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.”.*

En torno al alcance de dicha disposición la Corte Constitucional ha establecido¹⁰:

“En este orden de ideas, es el Congreso el llamado a establecer a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el marco general y los objetivos y criterios que orientan al Presidente de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los distintos servidores públicos del Estado.

La definición de dicho régimen salarial y prestacional, se desarrolla conforme al ejercicio de una competencia concurrente que corresponde, en primer lugar, al Congreso de la República y, en segundo término, al Presidente dentro del marco trazado por aquél. Se trata del ejercicio de una tipología legislativa denominada “ley marco o cuadro”, a través de la cual, el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse una

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”.

¹⁰ Sentencia C-432 de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

determinada materia, y el Presidente de la República, se encarga de desarrollar dichos parámetros a través de sus propios decretos administrativos o ejecutivos. En la actualidad, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, se concreta en la Ley 4ª de 1992.”.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos. (...)

Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.¹¹

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.

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

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200607509 01.-

No se desconoce que el mencionado decreto no es aplicable al *sub-lite*, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.¹²

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto la actora tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación, en la medida que se encontraba inmersa en el régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 pues para la fecha de entrada en vigencia de esta norma con los presupuestos establecidos para adquirir referida prerrogativa.

En efecto, durante el último año de servicio el demandante devengó los siguientes conceptos: asignación básica, prima de alimentación, bonificación por servicios, prima de antigüedad, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad.¹³

CAJANAL, de acuerdo con lo probado en el proceso, al reliquidarle la pensión de jubilación mediante Resolución No. 039951 del 27/09/05, por la cual reliquida pensión de vejez favor de la demandante de acuerdo a la ley 100/93 aplicando el 75% sobre el salario promedio del 01 abril de 1994 al 30 de noviembre de 2002 incluyendo los siguientes factores asignación básica, dominicales y feriados y bonificación por servicios prestados.¹⁴

En consecuencia, la actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo los siguientes factores salariales devengados durante el ultimo año de prestación de servicios **asignación básica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.**¹⁵

¹² Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹³ Fl. 32-34

¹⁴ Fls. 166-168

¹⁵ Fl. 32-34

Aclarando, que no es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, se ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación.

Debe advertirse, como se considera igualmente que la UGPP no puede verse afectado porque sus afiliados no realizan los aportes sobre todos los valores devengados, o la respectiva pagaduría no efectúa el descuento, deberá ordenarse que de la nueva liquidación que se disponga se haga el descuento del valor de los aportes no realizados, sobre los factores salariales certificados, si hubiere lugar a ello.

Así mismo, es de precisar, que a pesar de tratarse de una prestación considerada como periódica, pudiendo ser demandada en cualquier tiempo también es de señalar que a los derechos laborales se les aplica el fenómeno prescriptivo trienal contados desde que la respectiva obligación se ha hecho exigible, y aunque el simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente sobre el derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción, sólo opera por un lapso igual y para el caso particular, formuló la petición el 22 de mayo de 2012¹⁶, con el fin de solicitar que la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación por vejez, se concluye que como el último año de servicio fue el 30/11/02 y la demanda se presentó el 05 de agosto de 2013, hay lugar a declarar la ocurrencia del fenómeno prescriptivo trienal desde el **22 de mayo de 2009**. Por tanto así se declarará por parte de este despacho.

Para efecto del ajuste de la condena, el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que son las diferencias pensionales dejadas de percibir por el demandante desde el 30 de noviembre de 2002, fecha de retiro efectivo del servicio hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se causó el derecho).

¹⁶ Fls. 16-19

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula antes indicada, se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Los intereses se reconocerán a partir de la ejecutoria de esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el numeral 4 del artículo 195 de la ley 1437/11. Ordenando dar cumplimiento a la sentencia de conformidad a lo establecido en el artículo 192 *Ibidem*.

Finalmente no se realizara ningún pronunciamiento en relación a las resoluciones del 11 de octubre de 2002 y No. 39951 del 27/09/05, mediante las cuales se reconoció y re liquidó pensión al actor, por cuanto no fueron demnadadas.

4. De las costas

Dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, se dispone la condena en costas a la parte vencida en el proceso, teniendo en cuenta la conducta de l entidad demandada y en aplicación de los artículos 288 y 365 del CGP, se condena en costa en la medida que aparezca que se causaron

Finalmente, del estudio de la norma del artículo 188 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en principio se podría decir que la condena en costas es objetiva, no obstante no se puede interpretar de manera literal, toda vez que debe existir un argumento serio de valoración, por lo tanto en esta instancia no se condena a la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarase probada de la excepción de PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS respecto de las diferencias causadas con anterioridad al 09 de **22 de mayo de 2009**, por prescripción trienal.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de las Resoluciones N° RDP 009856 del 21 de septiembre y RDP 016955 de fecha 26 de noviembre del año 2012, proferidas por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensional y el Director de

Pensiones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación solicitada por la parte actora, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del derecho, se condena a la UGPP, a reliquidar la pensión de jubilación del señor BELISARIO NIÑO LAGOS, teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salario y del último año de servicio así **asignación básica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**, con los reajustes pensionales previstos en la ley sobre las diferencias liquidadas y efectivamente canceladas.

La suma que se pague en favor de BELISARIO NIÑO LAGOS , se actualizará en la forma como se indica en esta providencia, aplicando la siguiente fórmula:

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

De las anteriores sumas deberá hacerse el descuento del valor de los aportes no realizados, sobre los factores salariales certificados, si hubiere lugar a ello.

CUARTO: la UGPP dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo dentro de los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: NIEGUENSE las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: Sin costas.

SEPTIMO: En firme, archívese el expediente, dejando las constancia en el sistema Siglo XXI.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


DORA NUBIA AVENDAÑO GARCÍA

JUEZA.