

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Tunja, dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIA CRISTINA FONSECA DE PINZON
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-
UGPP
RADICACIÓN: 150013333-001-2013-00130-00

I.- ASUNTO.

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por María Cristina Fonseca de Pinzón, en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP¹.

1.- ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, María Cristina Fonseca de Pinzón, presentó demanda ante este Despacho, con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones N° RDP 018861 del 10 de diciembre de 2012 y RDP 009617 de fecha 01 de marzo de 2013, 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 las cuales le negaron la reliquidación de la pensión de Jubilación, con la inclusión de todos los

¹ Folio 1-15

factores salarios devengados en el último año de servicio y la aplicación del IPC.

A título de restablecimiento solicita se condene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, según lo contemplado en la Ley 33 de 1985.

Así mismo, solicita ordenar reconocer y pagar las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de la pensión, desde la fecha del status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que se llegare a reconocer. Igualmente se ordene ajustar de acuerdo a la variación del IPC, las sumas de dinero que se ordenen pagar de conformidad con lo contemplado en el artículo 187 del CPACA.

Finalmente se condene a la entidad demandada, a dar cumplimiento en los términos de los artículos 188, 192 y 195 del C.P.A.C.A².

2.- FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se presentan como sustento de las pretensiones, los siguientes:

La Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E., le reconoció la pensión a la demandante mediante resolución N° 06542 del 13 de febrero de 2009.

Señaló, que la demandante se retiró definitivamente del servicio a partir del 29 de diciembre de 2009, por tal razón la Caja Nacional de Previsión Social profirió la resolución N° PAP054574 del 25 de mayo de 2011, reliquidando la pensión por retiro definitivo, sin tener en cuenta en el ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales percibidos durante el año anterior al retiro del servicio, con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

² Folio 2

Manifestó, que el día 31 de agosto de 2012, solicitó la reliquidación de la pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales percibidos durante el año anterior al retiro definitivo.

Mediante Resolución No. RDP018861 del 10 de diciembre de 2012, se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación, y mediante resolución No. RDP09617 del 01 de marzo de 2013, resuelve el recurso de apelación confirmando la resolución citada³.

3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considera la parte actora que los actos administrativos demandados en lo que se refiere a la manera como se estableció el ingreso base de liquidación y determinó el valor de la mesada pensional, van en contravía de los postulados constitucionales como el debido proceso, artículos 29 y 85 de la Constitución Política y principio de favorabilidad, artículo 29 de la Constitución Política y artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

El concepto de violación puede sintetizarse en lo siguiente:

Manifestó que, la violación de la ley como causal de nulidad se presenta porque a la demandante no se le aplicó los preceptos contenidos en la Ley 100 de 1993.

Expuso el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y señaló que, la demandante por cumplir con los requisitos establecidos en el mencionado artículo, es beneficiaria del régimen de transición y por ende se le debe respetar en su totalidad la normatividad que regía el reconocimiento pensional antes de la expedición de la Ley 100 de 1993.

³ Folio 3

Indicó que, la entidad demandada ha dado alcance al régimen de transición solo en lo que tiene que ver con la edad y el tiempo de servicio exigido para hacerse beneficiario a la pensión, desconociendo el monto de la pensión.

Señaló que, el alcance del régimen de transición es integral e implica la aplicación de la norma anterior sin discriminación alguna, lo que ha constituido una constante en el tratamiento jurisprudencial del tema, que descarta una escisión en cuanto al manejo normativo y aplicación de los elementos que componen y determinan el derecho pensional.

Teniendo en cuenta lo anterior, indicó que la norma aplicable a la demandante es la Ley 33 de 1985.

Citó los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 33 de 1985 y señaló que, no resulta legal y procedente determinar para el cálculo de ingreso base de liquidación, los factores taxativamente descritos en la norma y sobre los cuales debe hacerse descuentos de aportes.

Manifestó que, con la expedición de la sentencia 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, se unifica el criterio de inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en la base de liquidación, en aplicación al principio de progresividad.

Se refirió al desconocimiento de antecedentes jurisprudenciales, señalando que a partir de la unificación de la jurisprudencia hecha en la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado ha venido reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las persona

en régimen de transición a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3, inclusive entre otras las primas de servicios, de navidad y de vacaciones.

Finalmente indicó que, de acuerdo a la jurisprudencia revisada, la aplicación del régimen de transición no depende del tipo o naturaleza jurídica de la entidad de previsión encargada de reconocer el derecho pensional, sino del hecho, de que el interesado reúna la condiciones objetivas establecidas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para acceder al mismo, por lo anterior, se tiene que, la liquidación efectuada por la entidad en el acto de reconocimiento es incorrecta, por cuanto desconoce el derecho del actor al régimen de transición que implica la aplicación integral del régimen anterior, lo que impone en este caso la reiquidación pensional a la luz de las leyes 33 y 62 de 1985⁴.

4.- 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 demanda⁵, oponiéndose a las pretensiones y señaló que los actos administrativos demandados fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aplicable a los beneficiarios del régimen de transición.

Indicó que, la demandante trabajó para la UPTC, hasta la fecha en que adquirió el status pensional y le fue reconocida pensión de jubilación.

Alegó que, la demandante se regía por el régimen establecido en la Ley 33 de 1985 y concordantes, pero por reunir los requisitos establecidos en el

⁴ Folios 3 - 10

⁵ Folios 86 - 91

artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue incluida en el régimen de transición, de manera que su pensión fue reconocida y liquidada mediante resolución 6542 de 13 de febrero de 2006 respetando la edad, tiempo de servicio y el monto de la pensión establecidos en la Ley 33, tal como lo ordena el artículo 36.

Señaló que dando aplicación al principio de favorabilidad, en virtud de lo que establece en los artículos 33 y 34 de la ley 100, se reliquidó la pensión de jubilación, con un monto del 79.25% del índice base de liquidación, mediante resolución PAP 54574 del 6 de mayo de 2011, aplicando el artículo 36 ibídem y para efectos de determinar el ingreso base de liquidación se aplicó el artículo 21 ibídem.

Afirmó, que la pensión de la demandante se reliquidó en virtud del principio de favorabilidad, conforme los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 con un monto de 79.25%, atendiendo a que una decisión en otro sentido implicaría una suma inferior en el monto de la pensión reconocida.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, indicó que son los que se encuentran estipulados en el Decreto 1158 de 1994 art. 1, de menara que, una decisión diferente estaría desconociendo lo previsto normativamente.

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 son sobre los cuales se debe liquidar la pensión, lo contrario implicaría un desequilibrio al sistema financiero del Régimen General de Pensiones, ocasionando un detrimento.

Se refirió al principio de sostenibilidad presupuestal, indicando que, implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos

para ello, lo contrario generaría inseguridad jurídica para quienes tienen la expectativa de alcanzar la pensión.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó: inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, prescripción de mesadas y Genérica.

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, se declare en la sentencia⁶.

5. ALEGACIONES FINALES

Corrido el traslado para alegar el apoderado de **la parte demandante**, guardo silencio.

⁶ Folios 89 - 90

La parte demandada- UGPP, reitero los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, e indicó 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 sí 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.

Señaló que la Ley 33 y 62 de 1985, no consagra los factores salariales que pretende el actor (prima técnica, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por recreación), teniendo en cuenta el principio de la inescindibilidad según la cual se elige la norma que sea más favorable al trabajador, pero en su totalidad, no es procedente acceder a dicha petición ya que se aplicó la ley 100 de 1993 y ya no podría aplicarse en su totalidad la Ley 33 de 1985.

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, en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de transición y, por lo tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la Sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la ley 100 de 1993 establecida en referido fallo C-258 de 2013, en la que el régimen de transición no puede ser la estipulada en la legislación anterior.

Afirma que, la Sentencia SU-230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, dentro del Expediente T-3.558.256, M.P. Jorge Ignacio Pretelc Chaljub, 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, como la misma Corte Constitucional – sentencias C-258/13, T-892 y T-078/14- han tenido al respecto, y que soporta la posición asumida por la Entidad: *que las mesadas en el régimen de transición se liquidan con edad, tiempo de cotizaciones y monto del régimen anterior que se aplica ultractivamente, entendido monto única y exclusivamente como tasa de reemplazo, pero que periodo de liquidación y factores, es decir, el cálculo del IBL, se hace con las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993.*⁷

III. CONSIDERACIONES:

1.- El problema jurídico por resolver

Establecer si las decisiones contenida en las Resoluciones RDP 018861 del 10 de diciembre de 2012 y RDP 009617 de fecha 01 de marzo de 2013 (por medio de las cuales negó la reliquidación de la pensión), proferidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP, se ajustaron a derecho, y por tanto, establecer si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión que reclama.

2.- Hechos probados

- Copia auténtica de la Resolución 06542 del 13 de febrero de 2009, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social, le reconoce a la demandante la pensión de vejez. (fls. 13-17)
- Copia en medio magnético de la Resolución PAP 054574 del 25 de mayo de 2011, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación, modificó la Resolución 06542 del 13 de febrero de 2009. (fl. 60: CD expediente administrativo N° 50 y 53)
- Copia auténtica de las Resoluciones RDP 018861 del 10 de diciembre de 2012 y RDP009617 del 01 de marzo de 2013, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y

⁷ Folios 89 - 90

- Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, le negó al demandante la reliquidación de la pensión de vejez. (fls. 18-23, 24-27)
- Certificados salariales de la demandante, expedida por la coordinadora del grupo de archivo y correspondencia de la UPTC. (fls.118 - 148)
 - Copias antecedentes administrativos - pensión del demandante en un CD, folio 60.

3.- EXCEPCIONES

La parte demandada propuso como excepciones las denominadas: inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, prescripción de mesadas pensionales y genérica.

Tal como lo ha dicho la doctrina nacional⁸, las excepciones perentorias son las que se oponen a las pretensiones de la demanda, bien porque el derecho en que se basan nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento, se presentó una causa que determinó su extinción o, también, cuando no obstante que sigue vigente el derecho, se pretende su exigibilidad en forma prematura, por estar pendiente un plazo o condición.

Teniendo en cuenta de los medios exceptivos propuestos, es evidente que los argumentos esgrimidos en el que fundan no pretenden enervar la acción, convirtiéndose en argumentos defensivos, de manera que se resolverá con el fondo del asunto.

4.- ANALISIS DEL CASO

4.1.- Marco Normativo y jurisprudencial

⁸ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil. Tomo I. Dupré Editores, Bogotá, 2005, págs. 555 – 557.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, el legislador expidió la Ley 100 de 1993 que contiene el régimen de seguridad social integral conformado por los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios.

En relación con el sistema pensional, la Ley en cita crea dos regímenes pensionales a saber, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad (artículo 12)⁹.

Ante dicho cambio legislativo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición como mecanismo de protección para las personas que estaban próximas a cumplir los requisitos pensionales allí dispuestos siempre que cumplieran una de las siguientes condiciones:

“(...) 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. (...) (Lo subrayado es del Despacho)¹⁰.

El régimen de transición ha sido definido por la Corte Constitucional como *“(...) un instrumento de protección de los derechos pensionales de quienes al momento de darse el tránsito legislativo no sumaban los requisitos para*

⁹ El artículo 279 de la ley 100 desarrolla un régimen de excepciones en el sistema de pensiones y determina que el régimen general no se aplica en el sector público a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional ; el personal regido por el decreto 1214 de 1990; los miembros no remunerados de las corporaciones públicas; los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (leyes 50 de 1886, 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, 6ª de 1945, 33 de 1985, 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978); y, los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos (decreto 807 de 1994, convención colectiva de trabajo, Acuerdo No. 01 de 1977 expedido por la Junta directiva)// El Decreto 691 del 29 de marzo de 1994 incorporó al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los servidores de la rama judicial.

¹⁰ Inciso declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencias C-410 de 1994 y C-168 de 1995.

DEMANDANTE: MARIA CRISTINA FONSECA DE PINZON
RADICACIÓN: 150013333-0012013-00130-00

pensionarse conforme al régimen aplicable anterior, pero por encontrarse próximos a reunirlos tienen una expectativa legítima de adquirirlos (...)»¹¹.

La misma Corporación, en Sentencia C-754 de 2004, consideró en relación con el régimen de transición lo siguiente:

“(...) Una vez que haya entrado en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo, consolidan una situación jurídica concreta que no se les puede menoscabar.

Además adquiere la calidad de derecho subjetivo que no puede ser desconocido por ningún motivo, pues le da a su titular la posibilidad del reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior y la de acudir al Estado a través de la jurisdicción para que le sea protegida en caso de desconocimiento de la misma. (...)”

De acuerdo con las anteriores preceptivas, las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre, tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión establecidos en el régimen anterior al que se encontraban afiliados al 1 de abril de 1994, fecha de vigencia del Sistema de Pensiones en el orden nacional.

Como la demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994 para el orden nacional y 30 de junio de 1995 para el orden territorial¹², contaba con más de 35 años de edad, ya que nació el 7 de julio de 1952¹³ y además, había laborado por más de 20 años, se puede concluir que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem, el cual le permite pensionarse con el régimen anterior al cual se encontraba afiliado a saber, el establecido en la Ley 33 de 1985.

El artículo 1 ibídem establece que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años

¹¹ Sentencia C-789-02, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

¹² La demandante era empleada del orden Nacional.

¹³ Información tomada de la copia de la cédula de ciudadanía visible en el CD que contiene el expediente administrativo, folio 60.

tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Esta norma no sólo equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación en 55 años sino que estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se determinaron unas excepciones, con el siguiente tenor literal:

“(...)

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 por ciento (75%) 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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quiénes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro...”

Luego, si se altera alguno de los presupuestos señalados por el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado durante los últimos 10 años de servicios, como el caso de la

demandante, es tanto como desconocer el régimen de transición, y de paso se desnaturaliza el régimen del cual es beneficiario¹⁴.

Además, aplicar dos normas legales diferentes para efectos del reconocimiento y liquidación de una misma pensión implicaría la violación del principio de "inescindibilidad de la ley"¹⁵, el cual prohíbe la aplicación parcial de las normas legales.

Al respecto bien vale la pena destacar que, la Corte Constitucional tiene una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela¹⁶ cuya *ratio decidendi* precisó 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.

Sobre el particular se anota que, en Sentencia de 14 de noviembre de 2002¹⁷, se concluyó que los factores salariales enlistados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 no resultaban aplicables a las pensiones cobijadas por

¹⁴ Esta discusión ya fue resuelta por el Consejo de Estado, mediante Sentencia proferida el 21 de septiembre de 2000, expediente No. 470-99, C. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, cuando se estableció lo siguiente:

"(...) Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "monto" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.

Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2° en análisis se rigen por dicha ley.

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2°."

¹⁵ La norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación de hecho, para tomar de cada una de ellas sus aspectos más favorables.

¹⁶ Consultar entre otras sentencias 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.

¹⁷ Consejo de Estado. Rad. No. 3534-00. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

el régimen de transición, salvo que los mismos constituyan una condición más beneficiosa para el pensionado, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de transición implica la observancia del régimen anterior aun para los factores de liquidación pensional, por ser ésta su naturaleza.

La **Ley 100 de 1993**¹⁸ en el artículo 273 preceptuó, en relación con el régimen aplicable a los servidores públicos, que el Gobierno Nacional, en acatamiento a lo dispuesto por sus artículos 36 y 11, podía incorporar al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los Congresistas.

El Gobierno ejerció la facultad de incorporación otorgada, mediante el **Decreto 691 de 1994**¹⁹, que en el literal b) de su artículo 1° en asocio con el artículo 2°, prescribió que **a partir del 1° de abril de 1994**, los servidores públicos del Congreso quedaban vinculados al nuevo Sistema General de Pensiones que fue previsto en la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de lo regulado por el Decreto 1359 de 1993 y las normas que lo modifiquen y adicionen.

Y en su artículo 2° señaló, que dicho sistema para los servidores públicos del orden nacional incorporados en virtud de su artículo 1° comenzaba a regir a partir del 1° de abril de 1994.

De otro lado, el **Acto Legislativo 1 de 2005**²⁰, que adicionó el **artículo 48 de la Carta Política**, referente al carácter de obligatorio que reviste el servicio público de la seguridad social, dispuso en su **artículo 1°**, entre otras determinaciones, que el Estado debía garantizar la **sostenibilidad**

¹⁸ Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones"*. Esta Ley empezó a regir el 1° de abril de 1994.

¹⁹ Decreto 691 de 29 de marzo de 1994 *"Por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones"*.

²⁰ El **Acto Legislativo 01 de 2005**, entró en vigor desde su publicación, **el 25 de julio de 2005**, en el Diario Oficial No. 45.980.

financiera del sistema pensional; que las leyes en materia pensional expedidas con posterioridad a su vigencia deben asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas; que para la adquisición del derecho a la pensión es necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley; **que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones**; que a partir de su vigencia no habrán regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la Fuerza Pública, al Presidente de la República y a lo establecido en sus parágrafos; que las personas cuyo derecho pensional se cause desde su vigencia no podrán percibir más de 13 mesadas pensionales al año.

En el **Parágrafo 1°** establece, que ***“A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”***.

El **Parágrafo Transitorio 2** ordena, que sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, ***“la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010”***.

Y en el **Parágrafo Transitorio 4**, determina que ***“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010”***, excepto los trabajadores que estando en dicho régimen tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio a la vigencia de este Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año

2014.

Por su parte, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones parafiscales de la Protección Social UGPP, señaló que la liquidación de la pensión de la señora María Cristina Fonseca de Pinzón debía efectuarse conforme los artículos 33, 34 y aplicando el principio de favorabilidad en virtud de lo establecido en el inciso 6 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, considera el Despacho que, en el presente caso se reconoció la prestación aplicándole el régimen de transición y posteriormente, se reliquidó la pensión modificando únicamente el porcentaje del ingreso base de liquidación aplicando la ley 100 de 1993, siendo más favorable dar aplicación al régimen de transición, en la medida en que se observe el régimen que la cobijaba en su integridad, lo contrario sería, como introducir una nueva norma que no es permitida en materia laboral que es la escisión de las normas para formar una tercera, es decir una "*lex tertia*".

Además, la entidad demandada alegó que en tratándose de factores salariales a incluir dentro de la liquidación de la demandante, corresponden a los estipulados en el Decreto 1158 de 1994 y agregó que los factores sobre los que la demandada puede y debe liquidar las pensiones de sus afiliados, son taxativamente los ordenados por la ley, es decir que en el caso del demandante son los que se le certificaron y que están incluidos en el Decreto 1158.

Sin embargo, por encontrarse la demandante en el régimen de transición la norma aplicable lo es el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, norma esta que sólo enlistó los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes, tales como, la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que enlisto los factores a ser tenidos en cuenta generó multiplicidad de interpretaciones, razón por la que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, unificó la jurisprudencia determinando que la preceptiva contenida en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón, en el ingreso base de liquidación pensional deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan.

Algunas de las razones expuestas en la sentencia citada son las siguientes:

“...respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

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

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, precisó²¹:

(...)

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

(...).”

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. 25000232500020040442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

Teniendo en cuenta lo anterior, no hay lugar a excluir del cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión reconocida a la demandante, los factores devengados en el último año en que prestó sus servicios a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, tales como, bonificación por recreación, pago antigüedad, pago de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, sueldo adicional encargo, sueldo básico y bonificación por servicios²², dado el innegable carácter salarial que les asiste a éstos según lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Partiendo de la base de que, los derechos pensionales provienen de la seguridad social y por tal motivo son irrenunciables, para determinar el régimen aplicable se debe atender al principio de favorabilidad y por tal razón en el caso actual, se deberá tener en cuenta el régimen de transición.

Teniendo en cuenta que la demandante nació el 07 de julio de 1952 y prestó sus servicios a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, desde el 01 de junio de 1971; hasta el 28 de diciembre de 2009, como se observa en el certificado de tiempo de servicios del 18 de mayo del 2010, expedido por el coordinador del grupo de talento humano de la UPTC, visto a folio 60 (CD expediente administrativo N° 42), la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación por medio de la Resolución PAP 054574 del 25 de mayo de 2011, modificó la Resolución 06542 del 13 de febrero de 2009 que reconoció la pensión de vejez. (fl. 60: CD expediente administrativo N° 50 y 53), aplicando el artículo 288 de la ley 100 de 1993 y liquidó la pensión de vejez aplicando el 79.25% sobre el ingreso base de liquidación, efectiva a partir del 29 de diciembre de 2009.

En consecuencia, la prestación de la demandante se debe liquidar en cuantía del 75% con la inclusión de los factores salariales antes mencionados, en una doceava parte, y que fueron devengados durante el último año de

²² Información tomada del Certificado salarial de la demandante, expedida por la coordinadora del grupo de archivo y correspondencia de la UPTC. (fls.118 - 148)

servicios, esto es, entre el 29 de diciembre de 2008 al 28 de diciembre de 2009.

Ahora bien, en la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional acogió la tesis que de tiempo atrás tiene establecida la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual a los que estén amparados por el régimen de transición dispuesto en el inciso 2º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 les aplica el régimen anterior pero únicamente en cuanto a la edad, tiempo de servicios y el monto.

Pero el ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta es el que consagra el inciso 3º de la ley 100 de 1993, es decir el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años.

Posición distinta a la reiterada por el Consejo de Estado, con base en lo expuesto en diversas Salas de revisión de la Corte Constitucional, según las cuales el régimen de transición debe ser aplicado en forma integral, de suerte que el monto y el ingreso base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, máxime cuando el marco legal de transición dispone la forma de obtenerlo. Por eso no debe aplicarse lo consignado en el artículo 21 e inciso 3º del artículo 36 de la mencionada Ley.

La Sala Plena en la sentencia SU.-230 de 2015, afirma que dio un viraje jurisprudencial con base en la interpretación que hizo esa corporación en la sentencia C-258 de 2013²³ respecto del alcance del art 36 de la ley 100 de 1993, se debe examinar este aspecto en tanto se considera trascendental para efectos de la presente decisión, para lo cual debe recordarse que la "*ratio decidendi*", como lo ha dicho nuestro tribunal constitucional, son aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, es decir, aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cuál fue la razón

²³ Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente en la parte resolutive.²⁴

Expresado de otra manera, la *ratio decidendi*, es la regla que une de manera inequívoca los hechos materia de estudio en la sentencia y la decisión (*desisum*).

Otras afirmaciones constituyen lo que se ha denominado el *obiter dicta*, o *dictum*, apartes del fallo que “no hacen relación al tema central o esencial del estudio suscitado por los artículos bajo análisis en la sentencia de constitucionalidad”²⁵, que por lo mismo no tiene fuerza vinculante.

De ahí que “solo están recubiertos con el valor de precedente aquellos apartes de la sentencia que constituyan su *ratio decidendi*”²⁶, es decir, aquellos conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive, en otras palabras la *ratio decidendi* puede definirse como aquella premisa o razonamiento central que guarda una relación de correspondencia necesaria y unívoca con la parte resolutive de la sentencia, con una estructura semejante a lo que se conoce en lógica como una afirmación o juicio categórico.

Dicho esto, debe anotar el Despacho que en la sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 no hizo una integración de la unidad normativa, razón por lo que la misma Corporación precisó que los efectos de su decisión sólo cobijaba a los beneficiarios del régimen especial dispuesto en el artículo 17 de la ley 4ª de 1992, por tanto, no afectaba los restantes regímenes especiales exceptuados o generales de transición existentes.

Lo anterior se puede advertir cuando la sentencia C-258 de 2013, al fijar el objeto dijo la Corte Constitucional:

²⁴ Sentencia T-292 de 2006 .

López Medina, Diego Eduardo: El derecho de los jueces. La distinción entre *ratio decidendi*, y *obiter dicta*. Legis Bta, 2009, pág. 223.

²⁶ Ibidem pag 219

DEMANDANTE: MARIA CRISTINA FONSECA DE PINZON
 RADICACIÓN: 150013333-0012013-00130-00

“En este caso, los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación -artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado -artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.

*En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, **en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas**, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros²⁷. En consecuencia, **lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.***

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

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

Así las cosas, la *ratio decidendi* de esta providencia no cobija otros regímenes, no solo porque el análisis estaban limitado al especial consignado en el artículo 17 de la referida Ley, sino porque la Corte no acudió a la integración normativa con disposiciones legales que regulan otros, “ni con el artículo 6 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición”, por cuanto la demanda de inconstitucionalidad instaurada “no (tenía) por objeto atacar la existencia del régimen de transición.”

²⁷ Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.

Luego la *ratio decidendi* de la sentencia de constitucionalidad únicamente tiene fuerza vinculante respecto del régimen especial para congresistas y quienes por extensión y bajo ciertas condiciones se aplica el mismo, previsto en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.

En este sentido la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló respecto de los Magistrados de Altas Cortes en régimen de transición *“que a estos servidores judiciales, de ninguna manera, pueden aplicársele las aludidas restricciones establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, pues esta decisión, encuentra restringido su objeto sólo a las pensiones congresionales con origen en la Ley 4ª de 1992 -artículo 17- y por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el Decreto 104 de 1994 -artículo 28-.”*

Siendo así las cosas, entiende este Despacho que lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia referida, sobre la aplicación del artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no es precedente de Acatamiento obligatorio para regímenes de transición distintos, como es el caso que nos ocupa, porque solo constituye *ratio decidendi* frente a los beneficiarios del artículo 17 de la ley 4ª de 1992.

4.2.- El caso concreto.

Se evidencia, que la señora María Cristina Fonseca de Pinzón, al momento de entrar en vigencia²⁸ el Sistema de Pensiones de la Ley 100 de 1993 – 1º de abril de 1994 –, contaba con 41 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 07 de julio de 1952; además laboró un total de 13.888 días, en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, según la Resolución RDP 018861 del 10 de diciembre de 2012. (fl. 18-22).

²⁸ 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. (...)”

Con base en lo expuesto, en el caso concreto, se tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en la medida que la demandante se encontraba inmersa en el régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

A pesar de lo anterior, la entidad accionada al reliquidar la prestación dio aplicación a la Ley 100 de 1993, con fundamento en que era más favorable y observando la solicitud de la demandante en la que renuncia a la aplicación al régimen de transición. Teniendo en cuenta que los derechos pensionales son irrenunciables y que el régimen aplicado no es más favorable para la demandante procede la reliquidación de la pensión.

En efecto, durante el último año de servicio del 29 de diciembre de 2008 al 28 de diciembre de 2009 la demandante devengó los siguientes conceptos: bonificación por recreación, pago antigüedad, prima técnica no factor salarial, pago de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, sueldo adicional encargo, sueldo básico y bonificación por servicios²⁹, habiéndose reconocido pensión de vejez, mediante Resolución No. 06542 del 13 de febrero de 2009³⁰, aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, indicando que la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de 1997 hasta 2007, incluyendo los siguientes factores: asignación básica, horas extras, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad y posteriormente mediante Resolución N° PAP 054574 del 25 de mayo de 2011³¹, se modificó la Resolución 06542, en el porcentaje del ingreso base de liquidación aplicable, incrementándolo al 79.25%.

En consecuencia, este despacho accederá a las suplicas de la demanda ordenado declarar parcialmente nulo los actos acusados y ordenando reliquidar la pensión de jubilación la señora MARIA CRISTINA FONSECA DE PINZON, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de

²⁹ Fl. 119-148

³⁰ Fls. 13-17

³¹ Fls. (fl. 60: CD expediente administrativo N° 50 y 53)

servicios incluyendo los factores que se encuentran certificados a folios 119 a 148 y que no se le tuvieron en cuenta, esto es **prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por recreación**³².

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.

Se deberá ordenar que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento del valor de los aportes no realizados, sobre los nuevos factores salariales.

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*.

Frente a la **prescripción de mesadas**,³³ que se solicita declarar, causadas con tres años de anterioridad a la presentación de la demanda, y con respecto a la fecha en que la parte actora adquirió el status de pensionado, tal como lo establece al artículo 102 del decreto 1848 de 1969, habrá de decirse lo siguiente:

El Decreto 3138 de 1968, establece:

ARTICULO 41. *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, **contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.** El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.*

³² Fl. 147-148

³³ Flíos 90

Por su parte el Decreto 1848 de 1969, sobre el mismo tema señaló:

ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En este caso el reclamo escrito dirigido a obtener la reliquidación pensional se presentó el 31 de agosto de 2012³⁴, luego a partir de allí ha de contarse el término de tres años para declarar la prescripción solicitada, esto es que se declaran prescritas las mesadas anteriores 31 de agosto de 2009.

Finalmente frente a la indexación solicitada el Despacho no accederá a su reconocimiento dado que dispondrá la actualización de las diferencias conforme al índice de precios al consumidor lo que implicaría un doble reconocimiento y remuneración por la misma causa, resultando inaceptable.

5. Condena en costas:

Como es bien sabido, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) dispuso en materia de costas lo siguiente:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma

³⁴ Folios 31 - 32

utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.

El significado de disponer según la real Academia de la Lengua³⁵ no es cosa distinta a: “1. tr. Colocar, poner algo en orden y situación conveniente. U. t. c. prnl. 2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse. (...)”

Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide.

En ese orden de ideas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, por ser la norma adjetiva actualmente vigente en materia de costas. Aunque en el numeral 1° de dicho precepto se establece en forma perentoria que:

“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

Observa el Despacho que en el asunto *sub examine* no hay lugar a imponer una condena en costas en contra de la demandante, por el hecho de no haber prosperado los argumentos de la demanda, pues lo real y cierto es que

³⁵ Tomado de <http://dle.rae.es/?w=dispondr%C3%A1&o=h> consultado 23-11-2015

DEMANDANTE: MARIA CRISTINA FONSECA DE PINZON
RADICACIÓN: 150013333-0012013-00130-00

en el cuaderno de instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, *“Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”*, condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

En consonancia con lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad de las Resoluciones N° RDP 018861 del 10 de diciembre de 2012 (se negó la reliquidación de la pensión de jubilación) y RDP 009617 de fecha 01 de marzo de 2013 (decide recurso y confirma), 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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del derecho, se condena a la UGPP, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora María Cristina Fonseca de Pinzón, en el equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicio, esto es, además de los ya computados los de **prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por recreación**, conforme lo expuesto.

DEMANDANTE: MARIA CRISTINA FONSECA DE PINZON
RADICACIÓN: 150013333-0012013-00130-00

La suma que se pague en favor de María Cristina Fonseca de Pinzón, se actualizará en la forma como se indica en esta providencia, aplicando la siguiente fórmula:

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

De las anteriores sumas deberá hacerse el descuento del valor de los aportes no realizados, sobre los factores salariales incluidos y sobre los que no se hubiese hecho aporte al sistema.

TERCERO: Declarase prescritas las diferencia de las mesadas causadas con anterioridad al 31 de agosto de 2009.

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

QUINTO: NIEGUENSE las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: NO HAY LUGAR A CONDENA en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

JUEZ.