



## JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, tres (3) de febrero de dos mil quince (2015)

Media de contral: **Nulidad y Restablecimiento del derecho**  
Radicado: 15001 33 33 004 2013 0019400  
Demandante: **MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ**  
Demandado: **UGPP**

### 1. DESCRIPCIÓN

#### 1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacha a proferir sentencia de primera instancia dentro del procesa de la referencia.

#### 1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

##### PARTES:

- DEMANDANTE: MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ, identificada con C.C. No. 23.272.865 DE Tunja.
- DEMANDADO: UGPP

##### OBJETO:

#### ➤ DECLARACIONES Y CONDENAS:

Solicita el apaderada demandante que se declare nula la Resolución No. RDP 026080 del 07 de junio de 2013, mediante la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión a la demandante, con la inclusión de todos los factores devengados por esta en el último año de servicia. Así mismo que se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 036106 del 09 de agosto de 2013, mediante la cual la UGPP resuelve el recurso de apelación, que confirma en su totalidad el acto administrativo que impugnaba.

Más adelante solicita que a título de restablecimiento del derecho, se declare que la demandante tiene derecho a que la UGPP le reliquide y pague su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. De igual manera que se condene a la UGPP a que sobre las diferencias adeudadas a la demandante, le pague las sumas necesarias para hacer el ajuste de valor de estas, conforme al IPC, sobre las diferencias dejadas de reconocer desde el 29 de diciembre de 2008 y hasta cuando pague su totalidad, tal como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Que se cumpla la sentencia en concordancia con lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

#### 1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

#### ➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS

175

126

Manifiesta el apoderado demandante, que la señora María Celina Callejas López laboró para el estado como servidor público, en la UPTC desde el primero de agosto de 1974 al 28 de diciembre de 2008, fecha de retiro definitivo del servicio. Igualmente indica que la demandante nació el 15 de octubre de 1951, por lo que adquirió el status jurídico de pensionada el 15 de octubre de 2006.

Que la demandada mediante Resolución No. 27693 del 19 de diciembre de 2008, ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación a favor de la señora Callejas López, en una cuantía de 774.363 pesos, efectiva a partir del primero de julio de 2007 y condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio. Que más adelante a través de Resolución Na. PAP 011943 del 31 de agosto de 2010, la UGPP re liquidó la pensión de la demandante.

Argumenta el apoderado que la demandante fue retirada del servicio el 28 de diciembre de 2008. Y que el 01 de abril de 2013 solicitó ante la UGPP, la reliquidación de la pensión de jubilación con todos los factores que constituyen salario, devengados durante el último año de servicios. Así mismo a través de la Resolución RDP 026080 del 07 de junio de 2013, se negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores componentes de salario, devengados en el último año de servicio. Frente a esta decisión se interpuso recurso de apelación, y con Resolución No. RDP 036106 de 09 de agosto de 2013 se resolvió confirmando en todo y cada una de sus partes la resolución impugnada.

Finaliza el abogado exponiendo que la demandante devengó el último año de servicio, es decir, desde el 29 de diciembre de 2007 al 28 de diciembre de 2008: asignación básica, prima técnica, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados.

#### **NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:**

Artículos 2, 6, 13, 23, 25, 58 de la Constitución Política

#### **NORMAS DE RANGO LEGAL:**

Artículo 10 Código Civil

Ley 57 de 1887 artículo 5

Leyes 33 y 62 de 1985 y 62 de 1985

Ley 4 de 1966

Decreto ley 1045 de 1978

Ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A.

#### **CONCEPTO DE VIOLACIÓN:**

Sustenta el apoderado que la entidad demandada está desconociendo la ley, pues le está aplicando la norma que no le corresponde, como es la Ley 100 de 1993 y Decreto 1158 de 1994, pues conforme se demostró, la demandante el 01 de abril de 1994, tenía más de 15 años de servicio y más de 35 años de edad, circunstancia ésta que implica que de manera automática se le debe aplicar en su integridad las normas anteriores para efectos de la reliquidación de la pensión jubilación, estas normas son la Ley 33 de 1985 y Decreto Ley 1045 de 1978. Explica también que la entidad demandada desconoce el mandata constitucional consignado en el artículo 48 superior, en el sentido de no respetarle a la demandante las normas especiales contenidas en Ley 33 de 1985 y Decreto Ley 1045 de 1978 para efectos de la reliquidación de su pensión de jubilación, con todos los factores componentes de salario devengadas en el último año de servicio, normas aplicables a los servidores públicos que se encuentran en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993; que precisamente el desconocimiento de dicho régimen de

transición, conllevó a la no aplicación íntegra de la Ley 33 de 1985 y Decreto Ley 1045 de 1978, que le eran aplicables en su integridad a la demandante.

Indica más adelante que la UGPP viola el artículo 48 de la Constitución Política al no respetar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y las normas que en su integridad se le aplican a la demandante, máxime si se considera que con anterioridad al 31 de julio de 2010, conforme lo establece el acto legislativo 01 de 2005, había consolidado el Derecho Pensional, pues había cumplido los 20 años de servicio y los 55 años de edad, con anterioridad a dicha fecha. Expone que la demandante reúne la exigencia de las 750 semanas o el equivalente en tiempo de servicio que establece el Acta legislativo 01 de 2005, es decir, se encuentra cobijada por el régimen de transición del acto legislativo 01 de 2005, pues al 22 de julio de 2005, fecha en la cual entro a regir dicha acto, contaba con 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio.

La reliquidación de pensión de jubilación de la demandante debe efectuarse sobre lo devengado en el último año de servicios y con todos los factores componentes de salario, y conforme a la certificación expedida por la UPTC los factores base para la reliquidación, son: asignación básico, prima técnica, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados. Que de igual forma la entidad accionada desconoce la ley por vía de omisión, al obviar la inclusión de dichos factores salariales devengados durante el último año de servicio.

### 1.1.3. OPOSICIÓN:

La apoderada de la entidad demandada manifiesta total oposición a las pretensiones de la demanda, toda vez que los actos administrativos demandados fueron proferidos siguiendo los lineamientos establecidos por la normatividad vigente para el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones, que estos actos se amparan en una presunción de legalidad, que por esta razón dichas pretensiones carecen de fundamento jurídico, por lo que solicita se nieguen y se condene en costas a la parte demandante.

Frente a los hechos expone la apoderada: 1, 2, 4,5, 7-9, son ciertos, mientras que frente al tercero indica que la demandada reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación por vejez a la demandante mediante Resolución 24365 del 09 de junio de 2008 a partir del 01 de julio de 2007. Respecto del hecho 6 expone que en efecto la demandante solicitó la reliquidación de su pensión por considerar que la misma debía liquidarse en forma diferente y con la inclusión de nuevos factores que pretende hacer valer como salariales. Y finalmente frente al hecho 10 argumenta que no puede admitirlo como cierto pues no le consta a la representada por ser un hecho ajeno a ella, por lo que corresponde probarlo a la demandante.

Argumenta la apoderada que la entidad demandada debe sujetarse a lo establecido en la ley para expedición de actos administrativos, sobre todo tratándose del reconocimiento de un derecho prestacional, de manera que los actos demandados, fueron proferidos con estricta sujeción a los parámetros de la Ley 100 de 1993, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición. Sujeción esta que, aunada a la presunción de legalidad que las ampara, implica que las decisiones tomadas por esta, no presentar error que dé lugar a la declaratoria de nulidad.

Manifiesta más adelante que la demandante trabajó para la UPTC hasta la fecha en que adquirió el status pensional y le fue reconocida su pensión de jubilación. Que así las cosas la demandante se regía por el régimen establecido en la Ley 33 de 1985 y concordantes, pero por reunir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue incluida en el régimen de transición que este instituye, de manera que su pensión fue reconocida y liquidada mediante Resolución No. 6542 del 13 de febrero de 2006.

respetando la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión establecidos en la Ley 33.

Indica que en efecto la liquidación debía realizarse respetando los parámetros del régimen de transición en el que la demandante está incluida, sin embargo, la reliquidación de su pensión de jubilación se realizó con aplicación del principio de favorabilidad en virtud de lo establecido en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 con un monto del 79.48% del índice base de liquidación, que así las cosas, la demandada aplicó a la demandante el principio de favorabilidad y reliquidó la pensión mediante Resolución Na. PAP 11943 de 31 de agosto de 2010.

Argumenta que la liquidación inicialmente realizada de la pensión de la demandante, resultaba menos favorable que la realizada en aplicación del Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que la misma tuvo que ser reliquidada atendiendo al principio de favorabilidad que no sola reanoció la demandada sino que fue solicitada por la demandante, por lo que no se puede poner en duda la correcta aplicación de la ley para el caso de la demandante. Que así las cosas concluye que la liquidación de la pensión de la demandante se realizó de conformidad con lo ordenada en virtud del principio de favorabilidad, atendiendo a que una decisión en otro sentido implicaría una suma inferior en el monto de la pensión reconocida.

Respecta de los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la demandada, es de verse nuevamente, que la incorporación de los servidores públicos al sistema general de pensiones implica una sujeción a los nuevos parámetros para ello, que en este caso concreto corresponden a los estipulados en el Decreto 1158 de 1994 que reglamenta la Ley 100 y establece para el artículo 1 del Decreto 691 de 1994 los factores sobre los cuales se constituye el salario base. Que los factores solicitados por la demandante no se encuentran entre los reconocidos por la ley, que no tienen una relación directa con el servicio, pues no hay causalidad entre este y aquellos, por lo que no puede concluirse que constituyen salario pues no todo emolumento recibido por el trabajador constituye salario y mucho menos constituye factor salarial.

Propone como excepciones:

a) **Inexistencia de la obligación o Cobro de lo no Debido:** Propone esta excepción argumentando que los Factores Salariales alegados por la parte demandante no se encuentran reconocidos como factores salariales, dando fundamento jurídico al reanacimiento pensional efectuado en su momento, por dicha entidad.

c) **Inexistencia de la vulneración de principios constitucionales y legales:** Expone que la demandada no ha incurrido en violaciones que se le endilgan en el libelo introductorio por cuanto no es cierto que con su actuar se vulneren derechos fundamentales o económicos de la demandante pues, como se estableció previamente, las normas que rigen la materia son claras y se encuentra en obligación de acatarlas.

d) **Prescripción de mesadas:** Que en el evento de acceder a las pretensiones de la demanda, declarar la prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda.

e) **Genérica e Innominada:** Cualquier medio exceptivo que se advierta, pruebe o configure durante el curso del proceso.

Finalmente propone llamamiento en garantía a la UPTC, y ésta contestó de la siguiente manera:

### Universidad Pedagógica y Tecnológica - UPTC (Llamado en Garantía)

De igual forma, el llamado en garantía dio contestación en el término concedida por el despacho (fls. 215-221)

- **RESPUESTA A LAS PRETENSIONES:** Manifiesta que a la entidad llamada en garantía no le constan los hechos y que se atiene a la que resulte probada, sin embargo, resalta que se opone a todas y cada una de las pretensiones que llegaran a afectar a la entidad que representa, toda vez que esta no es la entidad que ordenó el reconocimiento y pago de la pensión al demandante.
- **RESPUESTA A LOS HECHOS:** frente al 1º manifestó que es cierto; frente al hecho 2º, señala que no le consta; en cuanto al hecho 3º manifiesta que no es cierto.
- **EXCEPCIONES:** Como excepciones propuso:

a) **Imprudencia del llamamiento en garantía:** En razón que la demanda no pretende establecer responsabilidad culposa o dolosa de algún agente del estado, sino que se asuma el pago de apartes pensionales frente a unos factores salariales devengados durante el último año de servicio del demandante.

b) **Inexistencia de la causa de la obligación:** Que no está obligada, ni existe norma que la obligue a responder por una reliquidación de pensión y de todas maneras, cumplió en su obligación de realizar pagos de los factores de la cotización de dicha pensión. Que hay ausencia total de elementos que permitan afirmar que hubo negligencia de su parte, tal como se prueba en los anexos de la demanda.

c) **Cobro de lo no debida:** Que teniendo en cuenta que solo pueden demandarse las obligaciones de factores salariales exigibles, la UPTC aportó a la entidad demandada los factores de ley y de todas maneras, cualquier otro para la fecha no exigible por el fenómeno de la prescripción de las mismas.

d) **Prescripción de Reclamación:** Ha operado el fenómeno de la prescripción de cualquier reclamo a que tuviese derecho de la demanda principal de la falta de factores salariales en las cotizaciones pagadas.

### 3. - PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

**El problema jurídico:** debe establecer el despacho si la señora MARÍA CECILIA CALLEJAS LÓPEZ tiene derecho a que se haga por la administración una nueva liquidación de su pensión de vejez y se incorporen en la base de liquidación todos los factores salariales que devengó en el último año de servicios, no obstante no existir aporte alguno respecta de los mismos al fonda de pensiones.

**Tesis de la parte demandante:** solicita se centre el debate probatorio sobre el derecho que tiene la parte demandante sobre los factores que no se tuvieron en cuenta a la hora de realizar la reliquidación a la demandante, de acuerdo a lo establecido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, como quiera que la demandante nació el 15 de octubre de 1951 e inició su vida laboral el 01 de agosto de 1974. Sostiene que igualmente debe preservarse en el presente caso el derecho a liquidar la pensión con el régimen anterior porque la demandante tenía 750 semanas cotizadas antes de entrar en vigencia el acto legislativo 01 de 2005.

#### **Tesis de la parte demandada:**

**Llamado en Garantía:** La UPTC no es la encargada de pagar pensiones a responder por el régimen de transición, ha realizado aportes sobre los factores que la ley ordena, y la UGPP no allegó prueba alguna que demostrara que esta entidad omitió realizar aportes sobre alguna de ellas.

**Ministerio Público:** Los cargos contra los actos administrativos objeto de estudio están llamados a prosperar, toda vez que tiene sustento normativo y jurisprudencial la necesidad de reliquidar las pensiones una vez se cumpla con los presupuestos procesales para hacerse beneficiaria del régimen de transición.

**El despacho sostendrá** que se debe liquidar nuevamente la pensión de vejez del demandante con la inclusión de los conceptos devengados en el último año de servicios -anterior a la consolidación del estado pensional- del demandante, cuya naturaleza sea remuneratoria, atendiendo a que el actuar no goza de un régimen especial en materia de pensiones, y por tanto le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985 las cuales no contemplan todos los factores por ella devengados debidamente certificados, sin embargo, siguiendo la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, dichas normas simplemente tienen un carácter enunciativo y por ello corresponde al juez determinar la naturaleza jurídica de cada factor salarial. Y en la que toca a los factores que se ordene incluir en la nueva liquidación de la pensión, pero sobre los cuales no se hicieron aportes al Sistema General de Pensiones, debe acudirse a la solución planteada en la Jurisprudencia del máximo tribunal de la contencioso administrativo, descartando de la suma que se ordene reconocer al demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión, los aportes respectivos.

#### 4.-DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

#### 5.-PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

##### 5.1- PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Frente a las excepciones planteadas por la entidad accionada, que no fueron ya resueltas en la audiencia inicial, debe decir el Despacho que encierran verdaderos argumentos de defensa y se resolverán como tales con el fondo del asunto, salvo la de prescripción, que en verdad trae al debate un hecho -la inactividad del demandante- que aunado al transcurso del tiempo es reconocido en la normatividad como desencadenante de un efecto jurídico sobre el derecho reclamado referido a su extinción, en este caso, parcial.

En lo que toca a las excepciones planteadas por el llamado en garantía que denominó "Inexistencia de la causa de la obligación", "Cubro de lo no debido" igualmente debe decir el despacho que se refieren a argumentos de defensa, no son verdaderos argumentos exceptivos del derecho reclamado. Por el contrario las denominadas "Imprudencia del llamamiento en garantía" y "Prescripción de reclamación" si pueden ser consideradas verdaderas excepciones y ameritarán ser abordadas en capítulo posterior y separada.

Sobre las "excepciones de mérito" que en realidad encubren argumentos que atacan la pretensión, no la acción, el Honorable Consejo de Estado manifestó:

"En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litiscontestata. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de la demandante, con el propósito de

desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica a su extinción o su modificación parcial."<sup>1</sup> (Subrayado fuera del texto original).

"En la faciente a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como la ha dicha la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otros u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatario. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contraderecho del demandada, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción"<sup>2</sup> (Subrayado fuera del texto original).

## 5.2 - PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- Solicitud de reliquidación de pensión, presentado a través de apoderada, junto con poder conferido por la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ, de fecha 01 de abril de 2013, con No. De radicación 2013-514-091-480-2 (Fls. 17-20)
- Copia autentica de la Resolución No. RDP 026080 del 07 de junio de 2013 por la cual se niega la reliquidación de una pensión de vejez a la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ, junto con su acta de notificación personal (Fls. 21-23)
- Recurso de apelación contra la Resolución No. RDP 026080 del 07 de junio de 2013, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ, con número de radicado 2013-514-168733-2 y con fecha de radicación del 24 de junio de 2013. (Fls. 24 y 25)
- Copia autentica de la Resolución No. RDP 036106 del 09 de agosto de 2013 por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 26080 del 7 de junio de 2013, junto con su constancia de notificación personal (fls. 26-29)
- Certificación de información laboral expedido por la UPTC del 18 de marzo de 2013, donde consta el tipo y fecha de vinculación de la señora CALLEJAS LÓPEZ (fl.30)
- Certificado de salarios mes a mes expedido por la UPTC, donde constan los pagos y descuentos realizados a la demandante durante el último año de servicios (fls. 31-34)
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ (fl. 35)
- Solicitud de conciliación prejudicial con fecha de radicación del 25 de septiembre de 2013 (fls. 36-42)
- Constanza de conciliación prejudicial, expedida por la Procuraduría 121 Judicial II para Asuntos Administrativos (fls. 43 y 44)
- Expediente Administrativa de la demandante en media magnético a folio 93.

<sup>1</sup>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

<sup>2</sup>CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

Posteriormente en audiencia de pruebas se allegaron los factores salariales auténticos de la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ y obran a folios 154-156 y 158 a 160 del expediente.

### 5.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS

#### **La Seguridad Social como sistema normativo integrado.**

El Estado Social de Derecho fundado en los derechos como poderes, es, en esencia, un estado servidor, por ello los "servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado", por lo tanto, el Estado debe garantizar la "prestación eficiente" de dichos servicios públicos a todos los habitantes del territorio. (Art. 365 CP). La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que deberá ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (Art. 48 CP) Estos postulados de la norma constitucional deben realizarse a través de las regulaciones normativas (leyes y reglamentos), es decir, para que la Constitución pueda realizarse es indispensable que los derechos consignados en ella sean concretados a través de leyes, decretos y reglamentos<sup>3</sup>. Este proceso de concretización en el ámbito de los derechos sociales generalmente está mediado por las discusiones políticas toda vez que involucra distribución de recursos, bienes y servicios que, en principio, deben haber sido parte de los órganos políticos y ejecutores de las políticas públicas. Ahora bien, siendo la Seguridad Social un sistema así mismo debe ser tratada en sus desarrollos normativas, es decir, uno de los elementos esencial del derecho a la seguridad social es que todos puedan acceder a sus beneficios bajo principios de igualdad y justicia material, por ello, el legislador de la ley 100 de 1993 consagró ese principio de integralidad normativa del sistema.

La Corte Constitucional en sentencia SU-480 de 1997, al respecto dijo:

La realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos de la Constitución sino también por el conjunto de reglas en cuanto no sean contrarias a la Carta. Todas esas normas contribuyen a la realización del derecho prestacional como status activo del Estado. Es decir, el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo toman efectivo. Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida. Es por ello que, para dar la orden con la cual finaliza toda acción de tutela que tenga que ver con la salud es indispensable tener en cuenta esas reglas normativas que el legislador desarrolló en la Ley 100/93, libro II y en los decretos, resoluciones y acuerdos pertinentes. Lo importante es visualizar que la unidad de los principios y las reglas globalizan e informan el sistema y esto debe ser tenido en cuenta por el juez de tutela

#### **La integralidad normativa en el sistema de seguridad social.**

La ley 100 de 1993 acogió los anteriores postulados y estableció tanto principios como reglas para poder que todos los habitantes del territorio nacional quedaran cobijados por el sistema de seguridad social. Utilizó varias fórmulas para resolver el problema de la pertenencia al sistema:

<sup>3</sup> Cfr. C-177 de 1998 para la falta de integralidad por los múltiples regímenes antes de la Constitución de 1991.



**Inclusión.** Esta fórmula establece un principio general que consiste en que al Sistema de Seguridad Social pertenecen todas las habitantes del territorio nacional (Art. 11 Ley 100/93)<sup>4</sup>. Este principio general se desarrolla a partir de dos postulados: El primero es que la Ley 100 se aplica a todas las que se vinculen en adelante al sistema; el segundo, a pesar de pertenecer al sistema no a todas se les aplica las normas de la Ley 100 porque están excluidas a pertenecen al régimen de transición. La inclusión voluntaria y plena al sistema de quienes tienen el derecho de estar dentro del régimen de transición, conforme lo establece el inciso 3° y 4° del artículo 36 de la Ley 100/93.

**Exclusión.** Esta fórmula la que realiza es un principio esencial, el respeto a las derechos adquiridos o el tratamiento especial o diferencial del sistema.

**Derechos adquiridos.** Están excluidas las personas ya pensionadas a las que hayan adquirida el derecho antes de entrar en vigencia la ley.

El artículo 11 reza: "... para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido las requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores pública, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia las derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto a convención colectiva de trabajo.

El inciso 6° del artículo 36: "Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos."

**Trato diferente.** Están excluidas el grupo de personas que expresamente la norma les creó un régimen especial o se los permitió. El artículo 279 de la Ley 100/93<sup>5</sup> señala a los

<sup>4</sup> ARTÍCULO 11. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todas las derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores pública, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia las derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto a convención colectiva de trabajo. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

<sup>5</sup> ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenida en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventiva y obligatoria en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a las pensionadas de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por

154

miembros de la Fuerza Pública, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a los trabajadores de Ecopetrol, entre otros.

**Transición.** Esta fórmula es la que resulta más controvertida porque lo que se busca es conciliar los intereses de quienes en razón a la edad o al tiempo de trabajo deban ser sometidos a las nuevas reglas y deban, al mismo tiempo, respetársele algunos derechos, con el fin de garantizar la igualdad y la justicia, puesto que es sana que se establezca como política pública ciertos puentes normativos que permitan ese tránsito a las nuevas condiciones laborales sin desconocer las realidades y circunstancias anteriores.

Las reglas de la transición establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son las siguientes:

**-Edad.** Este parámetro consiste en mantener la edad anterior (55 mujeres y 60 hombres) para adquirir el derecho a la pensión hasta el año 2014 y a partir de este momento sube dos años más (Incisa 1°).

**-Aplicación del régimen anterior.** Este parámetro busca que se respeten las normas a la que estaba afiliado la persona al momento de entrar en vigencia la ley. Tiene dos aspectos: Uno que se refiere a la determinación del grupo de personas que deben ser tratados por este parámetro (35 años a más mujeres o 40 años o más hombres, 15 años o más de servicios de cotización) y el segundo respecto a las reglas o criterios normativos anteriores para la liquidación de la pensión. Este último, por su parte, tiene también varias subreglas: a) Edad, b) Tiempo de servicio o número de semanas cotizadas; c) Monto de la pensión. (Inciso 2°); d) Ingreso base para la liquidación del anterior grupo de personas (Incisa 3°). Este último será desarrollado de manera amplia por tratarse del tema objeto de la controversia.

**-El principio de favorabilidad.** Este parámetro material permite que quien al momento de entrar en vigencia la ley y no se le haya reconocido la pensión deba aplicársele las normas favorables anteriores. (Inciso final)⁴.

**-Del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993.** Teniendo en cuenta que el debate exclusivamente se presenta con respecto al grupo de personas que en razón del artículo 36 de la Ley 100 fueron incluidas dentro del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, entonces debemos ocuparnos de las reglas para adquirir el derecho a la pensión.

---

vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

PARÁGRAFO 1o. La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligadas a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARÁGRAFO 2o. La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

PARÁGRAFO 3o. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARÁGRAFO 4o. <Adicionado por el artículo 1o. de la Ley 238 de 1995, el nuevo texto es el siguiente:> Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.

⁴ Corte Constitucional T-534/01

El inciso 2º del artículo 36 establece:

"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. "

De la anterior norma se deducen tres situaciones:

- a) Se refiere a la determinación del grupo de personas que deben ser tratados por este parámetro (35 años o más mujeres o 40 años o más hombres, 15 años o más de servicios de cotización).
- b) Se refiere a la norma anterior como la aplicable para efectos de los criterios para adquirir el derecho y la liquidación de la pensión la cual incluye algunos elementos como. a) Edad, b) Tiempo de servicio o número de semanas cotizadas; c) Monto de la pensión.
- c) Existen otras situaciones a las anteriormente descritas que no están incluidas dentro de la regla de transición, pues la norma claramente establece que "las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley."

El inciso 3º del artículo 36 establece:

**El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior** que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, a el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privada y de un (1) año para los servidores públicos. (inexequible el aparte destacado en sentencia C-168 de 1995)

La pregunta obligada es: La anterior norma a qué y a quien se refiere? Pues al grupo de personas que fue conformado por el inciso 2º del artículo 36. Pero, acaso el inciso 3º ya no había regulado todos los elementos que constituyen la pensión? Pues no, porque si no qué sentido tendría tanto la parte final del inciso 2º como el inciso 3º.

Para poder abordar de manera íntegra la anterior problemática debemos establecer el contenido y alcance de la norma, primero bajo la óptica de cosa juzgada constitucional por lo tanto obliga a darle a las norma algún alcance o efecto jurídico pues el juez no podría desatender su texto, segundo frente a los conflictos prácticos que ha sido objeto en el Consejo y en la jurisprudencia de tutela, con el fin de establecer las posibles hipótesis interpretativas.

### **La cosa juzgada constitucional respecto del artículo 36 de la Ley 100/93.**

Empecemos diciendo que cosa juzgada constitucional obliga de manera ineludible al juez, sin embargo, existe diferencias entre la cosa juzgada relativa y absoluta. Esta última opera cuando la Corte no ha limitado los efectos de sentencia mientras que la relativa se

18c

refiere a cuando la misma Corte declara constitucional una disposición limitándose a las cargas estudiadas<sup>7</sup>.

Para el caso de la revisión de constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100/93, inciso 2° y 3, la Corte Constitucional mediante sentencia C-168/95 declaró la exequibilidad absoluta de dichas normas, por lo tanto, en principio no cabría hacer ningún reparo sobre su constitucionalidad.<sup>8</sup>

El otro aspecto del problema, entonces, es con respecto a su alcance y contenido, para la cual se debe acudir a la ratio decidendi del mencionado fallo, que permite establecer cuáles son los fundamentos y las razones directas de la constitucionalidad. La Corte sostuvo primero que no se trataba de derechos adquiridos sino de una opción política compatible con la Carta: "Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.

Con respecto a la discriminación que establecía las normas de quienes están dentro del inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 frente a los que están por fuera de él porque se les aplique el régimen normativo anterior, la Corte encontró constitucional la distinción primera porque entre los que están acercándose al momento de la pensión (edad y tiempo de servicio) y las que inician una vida laboral existe una diferencia fáctica evidente, y segundo, así una y otra situación sean meras expectativas, el legislador puede regular a "discreción, sus condiciones."

Por el contrario, con respecto a la parte final del inciso 3° que había creado una discriminación entre el funcionario público y el trabajador privado, la Corte se limitó a decir que era "irrazonable e injustificada" esa distinción, por lo tanto la declaró inexecutable.<sup>9</sup>

La Corte Constitucional termina declarando la exequibilidad en los siguientes términos: "Declarar EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, salvo el aparte final."

En conclusión, el único debate que podría darse sería sobre su interpretación y aplicación más no sobre la constitucionalidad. Luego, si una persona quisiera que no se le aplicara la norma, por ejemplo, porque en el caso concreto resulta inconstitucionalidad tendría la carga de la argumentación para exponer las razones constitucionales distintas a la igual para que resultara inconstitucionalidad. Si no, estaría sometida de manera ineludible a su aplicación.

### **Las posibles interpretaciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.**

Por lo menos existen dos hipótesis interpretativas:

<sup>7</sup> Corte Constitucional C-037 de 1997.

<sup>8</sup> Obsérvese que la Corte ha revisado la constitucionalidad del artículo 36 de la ley 100/93, así: a) inciso 1°, C-129/95 y C-410/95, b) incisa 2°, C-410/94 cargos del artículo 13 luego casa juzgada relativa y C-168/95 casa juzgada absoluta, las sentencias C-1056/03 se refirió al nuevo sistema de transición adaptado por la ley 797/03 que modificó el artículo 36 de la ley 100/93; c) Inciso 3°, C-168/95 y las demás se han atendido a las decididas en ésta, como C-58/98 y 146/98.

<sup>9</sup> Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privada y de un (1) año para los servidores públicos.

187

a).-**Aplicación integral del régimen anterior.** La que considera que quien se encuentre dentro del régimen de transición del inciso 2º del artículo 36, es decir, (al 1 de abril de 1994, 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, o 15 años o más de servicio de cotización) se le debe aplicar las normas o el régimen anterior al que estaba afiliado, es decir, tanto las condiciones o requisitos para su reconocimiento (Edad y tiempo de servicio) como las condiciones o requisitos para su liquidación (sueldo, factores salariales, tiempo y monto o porcentaje de la pensión).

Al referirse a los alcances del régimen de transición la Sección Segunda - Subsección "B" del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. Alejandra Ordóñez Maldonada, sostuvo:

"...el régimen de transición es un beneficio que la ley concede al servidor, consistente en que se le aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra.  
(...)

Se agrega a la anterior que, **san de la esencia del régimen de transición, lo edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio.** En el caso presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen..."

Luego, en sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Doctora Ana Margarita Olaya Forero, expediente No. 17001233100019990627 01 (4526-01), al examinar lo relativo al régimen de transición, desde el punto de vista de los derechos adquiridos, indicó:

"...Es necesaria precisar, con el fin de hacer una interpretación armónica de las garantías y prerrogativas que contempló el citado inciso primero del artículo 11, que la edad, en lo que respecta a las pensiones, es únicamente una condición para la exigibilidad de dicha prestación más en modo alguno para su nacimiento.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, radicación No. 15001-33-31-007-2007-0052-01 del año 2009, Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, sobre la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 ha dicho:

"El reconocimiento de la pensión efectuado al demandante, se hizo bajo el amparo de la Ley 100 de 1993 cuando, sin lugar a dudas, debía hacer de acuerdo con legislación anterior que debía regir íntegramente para quienes a la fecha de entrar en vigor el nuevo ordenamiento, tuvieran la edad y el tiempo de servicios requerido por la norma del artículo 36 transcrito. Este precepto consagra para quienes satisfacen las exigencias allí enunciadas las condiciones del régimen antiguo en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. Ha de precisarse que el aparte final del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 168 de 20 de abril de 1995, por estimarlo contrario al principio constitucional de igualdad. La disposición decía: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos." Al quedar sin vigencia la norma precitada, el ingreso para las personas bajo el régimen de transición a quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, quedó constituido por el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. Sin embargo, el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, ha sostenido que el régimen precedente relativa a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de

154

quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso

**b).-Aplicación compartida o mixta entre los dos regímenes normativos.** Esto tesis considera, por el contrario, que para ser una norma transitoria precisamente debe poder compartirse aspectos de los dos regímenes, por la tanta, diferencia entre las condiciones o requisitos para el reconocimiento de la pensión (edad y tiempo de servicio) de las condiciones o requisitos para su liquidación (sueldo, factores salariales, tiempo y monto o porcentaje de la pensión).

La Corte Constitucional en sentencia T-997 de 2007 al resolver un caso sobre la aplicación íntegro de los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100/93 frente a un régimen especial, sostuvo que cuando existe éste no puede aplicarse el inciso 3º porque se rompe el principio de favorabilidad e inescindibilidad del régimen especial. Por ser pertinente frente al tema, se transcribirá de manera extensa la parte pertinente, así:

"5.4.4 Así, la jurisprudencia constitucional ha estimado que de la lectura de los incisos segunda y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se deriva la siguiente:

1. La regla general señalada en el inciso segunda según la cual, si para el 1º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley), el trabajador tiene la edad y el tiempo cotizada descrito (35 o más años de edad si son mujeres a 40 o más años de edad si son hombres, o 15 a más años de servicios cotizados), los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión serán los establecidos en el régimen que cubra a dicho trabajador para esta fecha.
2. La condición descrita en la frase final del inciso segundo consiste en que, en el evento en que existan otros requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de jubilación, diferentes a las anteriores, estas se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.
3. La excepción establecida en el inciso tercera a la regla general en virtud de la cual, en los casos en que las personas con los requisitos de edad y tiempo de servicio dispuesta en el inciso tercera, les faltaren menos de diez años para adquirir el derecho de pensión, el monto de la pensión se calculará con base en el promedio de la devengada en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.

5.4.5 En este orden, esta Corporación ha señalado que es precisamente la excepción a la regla general la que prima facie se muestra incompatible con el principio de favorabilidad laboral y la protección de los derechos adquiridos, en tanto impone a las personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 les faltaren menos de diez años para adquirir el derecho de pensión, una fórmula de cálculo para obtener su monto, diferente a la contenida en el régimen que las cubra para esta fecha.

5.4.6 Así las cosas, esta Corte ha señalado que con el fin de proteger los derechos adquiridos de este grupo de trabajadores, en virtud del principio de favorabilidad, el inciso tercera del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe entenderse de tal manera que el ingreso base para liquidar la pensión de que habla el inciso tercera, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segunda. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces una y otra se determinan por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen especial estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, el ingreso base y el monto de la pensión, deben ser determinados por el régimen especial y la excepción no aplica, salvo que el régimen especial no determine la fórmula para calcular el ingreso base.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Sentencias T- 251 de 2007, T-158 de 2006, T- 1000 de 2002 y T- 631 de 2002.

5.4.7 Para sustentar la anterior conclusión, esta Corporación ha considerado que el ingreso base de liquidación es un elemento inescindible del régimen aplicable al trabajador que se encuentre en los supuestos fácticos que prevé el régimen de transición. En consecuencia, ha dicha la Corte, el concepto de monto de la pensión, incluye el concepto de ingreso base para su liquidación. Sobre el particular, la sentencia T-631 de 2002,<sup>11</sup> señaló:

"La ley 100 de 1993 estableció la base regulatoria (sic) para el régimen ordinario de las pensiones, bajo la denominación de Ingreso Base de Liquidación. Señaló que se liquidará teniendo en cuenta "el promedio de los salarios a rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez años anteriores al reconocimiento de la pensión..." (Artículo 21).

Para, tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes.

Es imposible desvertebrar (sic) el efecto de la causa y por consiguiente no se puede afirmar, como en el caso que motiva la presente tutela, que el porcentaje es el del régimen especial del decreto 546/71 y la base reguladora es la señalada en la ley 100 de 1993. Por lo tanto, el ingreso base de liquidación (ILB) fijado en el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993 solo tiene aplicación específicamente para lo allí indicado y en el evento de que en el régimen especial se hubiere omitido el señalamiento de la base reguladora."

(...)

5.4.8 En virtud de lo expuesto, esta Corporación ha concluido que existe violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, en todos aquellos casos en que la autoridad encargada de liquidar una pensión de jubilación, no aplique para el efecto, el ingreso base de liquidación que prevé el régimen que ampara al trabajador que se encuentre en los supuestos fácticos que contempla el régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993, y en su lugar, de aplicación al inciso tercero del artículo 36 de dicha ley. Esto por cuanto, tal y como se indicó anteriormente, la aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo tendrá lugar cuando el régimen que cubre a dicho trabajador, no establezca de forma explícita el ingreso base de liquidación correspondiente. (subrayada nuestro)

La Corte reitera las reglas sobre aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100/93 en sentencias como la T-610 de 2009, dijo:

"En la providencia señalada la Corte llevó a cabo una reiteración jurisprudencial acerca de las subreglas establecidas como consecuencia de la aplicación de los principios de favorabilidad y de respeto a los derechos adquiridos en el asunto específico del régimen de transición del cual gozan los servidores públicos que cumplen los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así las cosas, con base en los precedentes destacados en las sentencias T- 251 de 2007, T-158 de 2006, T- 1000 de 2002 y T- 631 de 2002, el Tribunal concluyó que la regla excepcional que se encuentra contenida en el inciso 3º del artículo en mención, sólo resulta aplicable en aquellos eventos en los que el régimen de transición no disponga de una fórmula especial para calcular el ingreso base de liquidación."

#### **Diferencia entre monto de la pensión y factores de liquidación de la pensión.**

Siguiendo la línea argumentativa de la Corte Constitucional, en el sentido de que solamente si se pertenece al régimen pensional especial el concepto de monto y base de liquidación quedan incluidas dentro del propio régimen especial de tal manera que si este régimen especial no ha establecido la base de la liquidación entonces se puede y debe utilizarse el inciso 3º, pero en cambio, cuando dentro del régimen donde al 1º de abril de

<sup>11</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cordero.

190

1994 se encontraba afiliado la persona reclamante estaba fijada la base de liquidación, entonces, resulta inocua dicha disposición. La sentencia T-631 de 2002,<sup>12</sup> señaló:

Confundir el monto de la pensión con la base constituye un error jurídico. El monto de la pensión o mesada es el efecto; la base reguladora y el porcentaje son el procedimiento o causas para fijar dicho monto. El porcentaje no puede existir sin una base reguladora que permita sacar el tanto por ciento. Esto no es solamente lógico, sino que hace parte de la teoría de la seguridad social y la norma expresamente fijó para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional la base reguladora (el salario mensual más alto percibido durante el último año) y el porcentaje: 75%."

Así mismo se encuentra con claridad que el concepto "monto", utilizado por el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100, tiene una connotación integral y completa, como lo ha ratificado el Consejo de Estado en reciente sentencia: "... lo cierto es que la expresión "monto" en criterio de la Sala comprende los diversos elementos que pueden involucrarse en el cálculo del quantum pensional, es decir, en la liquidación aritmética del derecho"<sup>13</sup>

Así misma se encuentra con claridad que el concepto "monto", utilizado por el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100, tiene una connotación integral y completa, como lo ha ratificado el Consejo de Estado: "... lo cierto es que la expresión "monto" en criterio de la Sala comprende los diversos elementos que pueden involucrarse en el cálculo del quantum pensional, es decir, en la liquidación aritmética del derecho"<sup>14</sup>

**Conclusión.** Para este Despacho la interpretación más adecuada es la que permite una convivencia entre los dos regímenes normativas, porque las normas transitivas precisamente buscan proteger situaciones que requieren un tratamiento distinto de orden material pero al mismo tiempo conciliar entre quienes no tiene derechos adquiridos ni quienes tiene expectativas pero que no pueden tener las condiciones personales ni materiales para alcanzar los derechos que son regulados a través de la nueva norma, por eso la Corte los llamó políticas públicas que van más allá de los derechos adquiridos fundado en el derecho a la igualdad material (i); al existir la cosa juzgada constitucional absoluta respecta a los incisos 2º y 3º del artículo 36, no cabe ninguna excepción en su aplicación o cumplimiento, por lo tanto, debe buscarse la interpretación más conforme a la constitución<sup>15</sup> (ii); se debe hacer una interpretación adecuada del artículo 36 en disputa, en el sentido que la parte final del inciso 2º como el inciso 3º debe tener algún sentido útil (iii); este sentido útil constitucional es el que le ha dado la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, toda vez que al grupo de personas que se encuentran dentro de la hipótesis del inciso 2º se les aplica de manera íntegra el régimen normativo al que estaban afiliadas al momento de entrar en vigencia la Ley 100/93, es decir, tanto las condiciones o requisitos de reconocimiento de la pensión como las condiciones y requisitos de la liquidación (iv); cuando el grupo de personas pertenezca a un régimen especial, si éste tiene regulado tanto las condiciones o requisitos del reconocimiento como los de liquidación, entonces se les aplica en su integridad dicho régimen y no se les aplica el numeral 3º (v); si por el contrario, dicho régimen especial no contiene las condiciones o requisitos de liquidación, entonces se les debe aplicar la fórmula del inciso 3º (vi); ahora en cuanto al régimen ordinario, es decir, quienes se encuentren dentro de la hipótesis de la aplicación de la Ley 33 y 62/85, por estar dentro del grupo de personas de la parte primera del inciso 2º, como éstas normas incluyen las condiciones o requisitos de la liquidación de la pensión de jubilación, entonces, sería

<sup>12</sup> M.P. Marco Gerardo Manroy Cabra.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda A, sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado número, 25000-23-25-000-2004-04269-01 (1020-08). MP. Gustavo Gámez Aranguren.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda A, sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado número, 25000-23-25-000-2004-04269-01 (1020-08). MP. Gustavo Gámez Aranguren.

<sup>15</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda A, sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado número, 25000-23-25-000-2004-04269-01 (1020-08). MP. Gustavo Gámez Aranguren.



192

"inocua" dicha norma si no fueran comprendidas en el sentido que también el concepto de monto comprende el de liquidación pues la norma no se refiere o no hace ninguna distinción entre un régimen especial y el ordinaria; (vii) como la misma norma nos coloca en una situación de duda debido a que le caben varias interpretaciones razonables, entonces, tendrá que hacerse una aplicación conforme a la constitución a partir de la defensa del derecho constitucional que se encuentre prima facie en mejor posición o sea jerárquicamente superior, como es el caso de la favorabilidad laboral consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política<sup>16</sup>

#### 6.- SOLUCION DEL CASO.

En el presente caso se demandó la nulidad de las Resoluciones No. RDP 026080 del 07 de junio de 2013 y RDP 036106 del 09 de agosto de 2013, proferidas por la UGPP, mediante las cuales se reconoció y se liquidó la pensión de jubilación a la Señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ.

Así mismo, se observa que la señora CALLEJAS LÓPEZ nació el día 15 de octubre de 1951 (fl. 35) e ingresó a trabajar el día 01 de agosto de 1974 (fl. 30) retirándose del servicio el 29 de diciembre de 2008 (Hoja 42 CD expediente pensional), cuando laboraba en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC.

Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde al Despacho determinar cuál es el régimen pensional aplicable a la demandante:

- a) **El régimen normativo aplicable:** Señaló el apoderado de la actora que la UGPP desconoció lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, toda vez que no le re liquidó la pensión con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales devengados por el demandante, pues cumplió con el requisito de 15 años o más de tiempo de servicios y/o 40 años o más de edad antes de entrar a regir la Ley 100 de 1994; y lo dispuesto en el Decreto Ley 1045 de 1978.

Ahora bien, como al 1º de abril de 1994 contaba con 43 años de edad, pues nació el 15 de octubre de 1951 (fl. 35) y llevaba más de 19 años de servicio (fl. 30) se encontraba dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- b) **Situación fáctica.** En este caso a la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación mediante **Resolución No. 27693 del 19 de junio de 2008**, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación, en cuantía de \$ 774.363,45 efectiva a partir del 01 de julio de 2007, y condicionada a demostrar retiro definitiva del servicio. (CD expediente administrativo folio 93)

<sup>16</sup> Corte Constitucional T-800 de 1999 "Sienda la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez. Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa; el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente la desfavorece o perjudica. Es forzosa que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por la cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar las sentidas que para el trabajador resulten desfavorables u odiosas. El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución la ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente. No ha dudado la Corte en afirmar que toda transgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (Art. 29 C.P.)."

Posteriormente mediante Resolución No. **RDP 026080 del 07 de junio de 2013**, se negó la reliquidación de la pensión de la demandante, (fls. 21-22) y a través de **Resolución No. RDP 036106 del 09 de agosto de 2013**, se resolvió recurso de apelación que confirmo la decisión contenida en el acto impugnado (fls. 26-28).

- c) **Régimen de transición.** La demandante nació el 15 de octubre de 1951 (fl. 35), y laboró hasta el 30 de diciembre de 2008, fecha de retiro del servicio oficial, desempeñando como último cargo el de TÉCNICO ADMINISTRATIVO CÓDIGO 4044 GRADO 14, de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – Seccional Tunja.

De lo anterior puede establecer el Despacho que al 13 de febrero de 1985, fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, la actora contaba aproximadamente con 11 años de servicio, en consecuencia, **no se encontraba dentro de las hipótesis aludidas en el régimen de transición previsto en la mencionada ley.**

En las anteriores condiciones el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, aplicable a la actora es el previsto en la Ley 33 de 1985, resultando errado aplicar las disposiciones anteriores a dicha ley, por cuanto las disposiciones anteriores, en los términos de su régimen de transición, sólo cobijan a quienes a la entrada en vigencia **tuvieran 15 o 20 años de servicio** que no es el caso del demandante.

#### **4. De la liquidación pensional.**

Como se dijo anteriormente, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el sub júdice, para establecer el monto del derecho pensional del actor, es la Ley 33 de 1985. Esta disposición, en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, estableció:

*"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

*En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."*

Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado no ha mantenido un criterio uniforme pues, en algunas ocasiones consideró que al momento de liquidar la pensión se debían incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubiese realizado aportes, y finalmente dijo que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la respectiva norma, criterio este último adaptado por el Despacho. Ahora, en virtud de lo anterior y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades

113

y favorabilidad en materia laboral, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de fecha 04 de agosto de 2010<sup>17</sup>, expresó:

*"... 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, precisó:

*"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."*

**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 la 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 válida otorgar a ambas preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.**

*(...) No desconoce la Sala 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.**" (Resaltado fuera de texto).*

Así las cosas, de conformidad con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales arriba señaladas, es válido tener en cuenta, a efectos de establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas de dinero que recibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios prestados, 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, además de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los anteriormente enunciadas, pero que se le cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio; excluyéndose de esta manera aquellas sumas que cubren los riesgos a infortunios a las que el trabajador se puede ver enfrentando. Es de aclarar, que existen algunas prestaciones sociales a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación, como 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 lo estableció el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 250002325000200607509 01, No. Interno: 0112-2009, Magistrado Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

104

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, y que la entidad accionada no haya tenido en cuenta al momento de liquidar dicha prestación.

En efecto, durante el último año de servicio, comprendida entre el 31 de diciembre de 2007 y el 30 de diciembre 2008, la actora devengó los siguientes conceptos (fi. 32-33):

- Banificación por recreación
- Prima técnica
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones
- Subsidio de alimentación
- Sueldo adicional en cargo
- Sueldo devengado
- Bonificación por servicios
- Prima de servicios
- Paga de vacaciones
- Reajuste de sueldo, vacaciones y prima de vacaciones

Por su parte la UGPP, con Resolución Na RDP 026080 del 07 de junio de 2013 negó la reliquidación de la pensión a la demandante, bajo el argumento "...el Comité Jurídico Institucional ha definido mantener la posición actual para la aplicación de los factores y base de liquidación en beneficiarios de la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición, esto es liquidar estas pensiones con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta al afiliado para cumplir su status pensional, los últimos diez años o todo el tiempo si le resulta más favorable teniendo en cuenta los factores dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, la anterior, habida cuenta que esta postura es la que mejor consulta la querida por la Constitución y la Ley.

Por lo anteriormente expuesto la UGPP procede a negar la reliquidación de la pensión de vejez del régimen de transición respecta a la aplicación de la Ley 33 de 1985 con base en todos los factores salariales devengados en el última año de servicios."

Igualmente la entidad demandada a la hora de reconocer la pensión de jubilación a la señora Callejas López la liquidó de acuerdo a la devengada durante los últimos 10 años de servicios teniendo en cuenta la **asignación básica, bonificación por servicios prestados, banificación por compensación y asignación básica por jornada adicional.**

En consecuencia de la lectura de todos los actos administrativos que tuvieron trascendencia en el beneficio pensional, y el certificado de factores del último año de servicios, se tiene los factores que, pese a haber sido devengados en el último año, anterior al retiro, no fueron tomados en cuenta corresponden a: **prima técnica, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.**

En relación con los factores a reconocer, es necesaria resaltar, que existen algunas prestaciones sociales a las cuales el misma legislador les dio dicha denominación, esto es a las **primas de servicios, de vacaciones y de navidad, prima técnica y subsidio de alimentación** que pese a tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> A estos factores se les dio dicha connotación en el Decreto 1045 de 1978.: "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 tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

105

Por último, en lo que toca a la **bonificación por recreación**, en el mismo pronunciamiento de unificación se aclaró la naturaleza jurídica de este pago y la posibilidad de incluirlo en la base de liquidación de la pensión:

*"El ordenamiento jurídico (artículo 15 del Decreto 2710 de 2001) prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante. Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.*

En consecuencia al no remunerar este pago la prestación del servicio y tener naturaleza de prestación social sin que el legislador en algún momento le haya dado connotación de factor para calcular las pensiones o cesantías, no podrá ser incluido en la base de liquidación de la pensión.

De igual manera no podrá tenerse en cuenta el **pago de las vacaciones en dinero**, toda vez que las vacaciones constituyen un descanso remunerado para el trabajador, no corresponden a los conceptos de salario ni prestación, por ello no pueden computarse para fines pensionales<sup>19</sup>

Naturalmente en la liquidación de la pensión deberán tenerse en cuenta los reajustes de los pagos incluidas en la base de la misma.

Finalmente, en respuesta a los argumentos expuestos por la parte demandada es oportuno traer a colación un pronunciamiento reciente del Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>20</sup>, quien respecto al principio de sostenibilidad presupuestal indicó:

*"Considera esta Sala que los principios de proporcionalidad, solidaridad y sostenibilidad financiera no pueden ser interpretados en perjuicio de los derechos adquiridos por los administrados: tales principios, tal como se señala en la ley 100 de 1993, se hacen efectivos cuando los administrados de acuerdo con sus ingresos aportan al sistema de forma solidaria conforme a las normas que los determinan, pero en manera alguna podría aceptarse que están ligados al desconocimiento de los derechos de los administrados pues ello acarrearía la vulneración del derecho a la seguridad social y al derecho de igualdad ante la ley.*

- 
- 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;
  - 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;
  - ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."

<sup>19</sup> Señaló el Consejo de Estado en la citada Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010: "En efecto, esta Corporación 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."

<sup>20</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá sentencia del 20 de enero de 2014 notificada en edicto el 28 de enero de 2014. Magistrada Ponente Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

196

Finalmente tampoco es de recibo el argumento encaminado señalar la ilegalidad de los descuentos efectuadas sobre las factores que se pide incluir en la pensión, por el contrario, ha sido reiterada la jurisprudencia en precisar que si sobre los factores pensionales no se han efectuado los apartes ellas deben ser descartadas al momento del reanacimiento pensional y que, de haberse amittida ese deber ello no puede afectar el derecho pensional<sup>21</sup>. Resuelta entonces descartada la tesis que expone el recurrente".

Toda lo anterior es suficiente para señalar deben incluirse los factores **prima técnica, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones** al momento de reliquidar la pensión de jubilación, como lo ha indicado el Consejo de Estado en tanto la demandante es beneficiaria del régimen de transición y su derecho se rige por la ley 33 de 1985.

➤ **De la prescripción Trienal.**

Los valores a pagar se reconocería a partir del 01 de abril de 2010, por aurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción trienal extintiva de los derechos laborales, par cuanto la petición de reliquidación se radicó el 01 de abril de 2013 (fls. 17 A 19) la cual interrumpió la prescripción par un lapso igual de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, sin embargo la pensión de la señora CALLEJAS LÓPEZ fue reliquidada por retiro definitivo del servicio el día 31 de agosto de 2010 con resolución 30948 de 2010, razón por la que no opera la prescripción trienal en el presente caso.

➤ **Del ajuste de la condena.**

Las sumas a reconocer y pagar se actualizarán de acuerdo con lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

## 7.- RESPONSABILIDAD DEL LLAMADO EN GARANTÍA

Para estudiar si el llamada en garantía- Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia debe cancelar los aportes para pensión con respecto a los nuevos factores salariales que pasan a integrar la base de liquidación de la pensión de la Señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ el Despacho se servirá de los siguientes argumentos:

### **Regulación integral y expresa del llamamiento en garantía en el C. P. A. C. A.**

El Decreto 01 de 1984 (derogado C.C.A.) en su artículo 217 prescribía que en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podía, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito o realizar el llamamiento en garantía.

Por su parte, sobre el llamamiento en garantía la Ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, establecía en su artículo 19 que dentro de los procesos de respansabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

<sup>21</sup> Así viene pronunciándose reiteradamente el Consejo de Estado desde la sentencia de la Sección Segunda, Subsección "B", Consejo Ponente Carlos Orjuela Góngora, proferido el 3 de agosto de 2000. Radicación número 9436430/279/2.000.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), que derogó el Decreto 01 de 1984, señala:

**"Llamamiento en garantía. Art. 225.** Quien afirme tener derecha legal a contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. (...)"

Se presenta al Despacho de conformidad con lo anteriormente expuesto que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) prescribe la intervención de un tercero llamado en garantía en tratándose de cualquier medio de control, mientras que el C.C.A. derogada (Decreto 01 de 1984) solo lo estipulaba tratándose de controversias contractuales y de reparación directa. Por su parte el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, preceptúa en torno a la posibilidad de solicitar llamamiento en garantía en procesos de responsabilidad en contra del Estado, en los que la entidad perjudicada o el Ministerio Público podía solicitar la vinculación del funcionario que se consideraba responsable de la actuación administrativa, hecho u operación administrativa, a fin de que en el mismo proceso se decidiera sobre su responsabilidad, siendo presupuesto necesario allegar prueba sumaria de la actuación dolosa o con culpa grave que hubiere efectuado el respectivo funcionario.

En el ordenamiento jurídico vigente no se encuentra limitada la figura del llamamiento en garantía frente a algunas pretensiones y medios de control formulados ante la jurisdicción, pues, salta la aplicación del artículo 225 de la ley 1437 de 2011 que trata específicamente sobre el llamamiento en garantía y los requisitos del escrito contentivo de dicha solicitud, razón por la cual no es necesaria acudir frente a este ítem a lo señalada en el C.P.C hoy en día el Código General del Proceso. Salo respecto del trámite y alcances de la intervención de terceros, el C.P.A.C.A. señala en su artículo 227 que en lo no regulada en este Código, se aplicarán las normas del C.G.P., luego se presenta palmariamente que la definición, alcance y requisitos de la institución procesal en comento en la materia de que se trata, se encuentra fijada en el artículo 225 de la ley 1437 de 2011, y por demás solo es procedente la aplicación del C.G.P. cuando la norma especial guarde silencio frente a aspectos concretos de estas formas de acumulación subjetiva de pretensiones, siendo esta en realidad la naturaleza jurídica de las tercerías y los litiscansorcios.

Aunada a lo anterior, debemos tener en cuenta la postura del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá<sup>22</sup>, que interpreta el citado artículo 225 del C.P.A.C.A. en concordancia con las disposiciones de los artículos 54 y 57 del C.P.C. y que considera que se debe cumplir con la carga procesal de aportar prueba siquiera sumaria del interés del llamado en garantía para comparecer al proceso. Frente a este requisito exigido en la ritualidad civil, se debe decir, que la ley 1437 de 2011, tal y como se indicó ut supra, contiene norma especial frente al llamamiento en garantía, sin embargo debemos remitirnos al concepto de "Prueba Sumaria" retomado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>23</sup> de la siguiente manera:

*"Sobre la noción de prueba sumaria, esta Corporación precisó: "No obstante, de vieja data, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han precisado la noción de prueba sumaria. Así, para Antonio Racha Alvira, la prueba sumaria es aquella que*

<sup>22</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Demandante: Marina Gayán de Báez. Demandado: Cajo Nacional de Previsión Social en liquidación. Expediente: 150013333004 2012-00001-01. Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Tunja, mayo dieciséis (16) de dos mil trece (2013)

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sala Plena. Referencia: expediente D-7612. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 247 (parcial) de la Ley 23 de 1982. Demandante: Jorge Atonso Garrida Abod. Magistrada Ponente: Dra. MARIA VICTORIA CALLE CORREA. Bogotá, DC., cuatro (4) de agosto de dos mil nueve (2009).

195

aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar. En efecto, de conformidad con el artículo 29 Superior, toda prueba para ser considerada como tal debe ser sometida al principio de contradicción del adversario, lo cual significa que aunque de hecho en el proceso no haya sido controvertida, por ejemplo, porque la contraparte lo consideró inútil o haya dejado pasar la etapa procesal para hacerlo, se haya tenido la oportunidad procesal de hacerlo. De igual forma, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prueba sumaria es plena prueba, lo que quiere decir que debe reunir las mismas condiciones de fondo de cualquier prueba, es decir, que sea pertinente o conducente, esto es, que sea la adecuada para demostrar un hecho o un acto jurídico concretos. Es más, en algunos casos, la ley dispone no la libertad probatoria sino que, por el contrario, ciertos hechos deban ser demostrados únicamente de determinada manera<sup>24</sup> (Subrayada del despacho)

Al respecto, se había manifestado previamente el Consejo de Estado<sup>25</sup> precisando los siguientes aspectos, frente al requisito de aportar la prueba sumaria en el trámite del llamamiento en garantía, así:

"1. La denuncia del pleito o llamamiento en garantía impetrado por el señor apoderada de la Nación, visible a folios 1 a 3, reúne íntegramente los requisitos de carácter legal y por lo mismo debía ser admitido. En efecto, en varios capítulos se identificó al llamante, se indicaron los lugares para notificar al llamado, se precisaron los hechos y fundamentos para hacer tal llamamiento y finalmente se hizo una solicitud de prueba documental para reiterar las razones que motivaron dicho llamamiento.

2. El Tribunal echa de menos la prueba sumaria de las razones, hechos y derechos que el demandada esgrime para hacer el llamamiento en garantía y por ello rechazó tal figura. Pero no tuvo en cuenta que la prueba sumaria es la que no ha sido controvertida, vale decir, que no ha gozado de la posibilidad de discutirse. De haber tenido en cuenta este criterio hubiera encontrado que el solo documento contentivo de la demanda, originada naturalmente en la parte actora, resulta suficiente para satisfacer la exigencia de la prueba sumaria y que por consiguiente no debía aportarse nada adicional para satisfacer tal elemental requisito".

Luego huelga concluir, que procesalmente hablando el llamamiento en garantía resulta procedente, con sustento en lo señalada en el artículo 225 de la norma en mención, ya que la misma establece unos requisitos que debe contener el memorial por medio del cual el demandada realiza esa solicitud de llamamiento, sin embargo no exige que se allegue prueba sumaria que permita alegar el vínculo del llamado con la parte llamante, la cual no hace indispensable para su procedencia, postura respaldada con recientes pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>26</sup> que sobre el particular resalta:

"En consecuencia, le corresponde a quien efectúa la solicitud de llamamiento demostrar en el curso del proceso si existe dicho vínculo legal o contractual con el tercero convocado, para que así lo declare el Juez en la respectiva sentencia.

Por lo anterior, al momento de estudiar si resulta procedente o no la solicitud de llamamiento en garantía, nos debemos atener simplemente a lo que se encuentra establecido en el artículo 225 del C.P.A.C.A. Por lo demás, cabe advertir que al momento de estudiar la admisión de esta figura procesal sólo se examina lo concerniente a los requisitos formales exigidos por la Ley, pues la existencia o no del

<sup>24</sup> Sentencia T-1033 de 2007, MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. En auto de 1º de julio de 1993, expediente N° 8451, actor: Rasana Vargas de Quintero vs. Mindefensa Ejército Nacional, con panencia del consejera Daniel Suárez Hernández.

<sup>26</sup> Tribunal Administrativo De Boyacá, Despacho No 4. Magistrada: Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros. Media De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho. Demandante: Nicalás Nieto Cortes. Demandado: Unidad Administrativa de Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales -UGPP. Radicación: 15001 33 33 008 2013 00087-01. Tunja, 2014.



199

vínculo legal o contractual entre el llamante y el llamada en garantía será ajeto de debate en la sentencia."

Pastura reiterada en la panencia del Dr. Fabia Iván Afanador García<sup>27</sup>, magistrada de la citada colegiatura:

*"En esta acasión el legislador reguló la materia para darle un alcance especial al derecha que le asiste a la parte demandada de ejercer, también, el derecha de acción, a través de llamado a quien considere que debe acudir como garante en la reparación integral del perjuicio que regare a sufrir, a al reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia. En efecto, el artículo 225 del CPACA regula de manera integral y suficiente la materia del llamamiento en garantía, disponiendo acerca de su naturaleza y sus requisitos formales que han de consignarse en el escrito de llamamiento."*

Concluyendo entances que al existir norma especial que regula el llamamiento en garantía en el articulada de la Ley 1437 de 2011, na es dable una remisión normativa al procedimienta civil y par la tanta, al aplicar la figura del llamamiento en garantía se deben obedecer las reglas formales y sustanciales inmersas dentro del ordenamiento procesal contenciosa administrativa.

#### **La mora en el pago de los aportes a pensión.**

En cuanto a este tipo de pretensiones, la Corte Suprema de Justicia, ha ahandada en el estudia de las efectas de la mora del empleador frente a las aportes pensionales, señalando que esta situación na puede afectar la prestación del trabajador, como quiera que la administradora pensional cuenta con las mecanismos para pracurar el recaudo de tales aportes, concretamente, menciona la jurisprudencia de esta corporación<sup>28</sup> la siguiente:

*"De igual forma, en cuanto a la validez de los aportes efectuados por el empleador moroso, y una vez ha ocurrido el siniestra, aspecto que también plantea el impugnante, debe indicarse que la Sala ha considerado que si debe tener validez para cubrir las contingencias que ampara, por cuanto las entidades que administran el sistema disponen de los mecanismos que le da la ley para cobrar y hacer efectivos los aportes en mora, para lo cual pueden consultarse la sentencia del 13 de febrero del presente año, radicación 43839, la que se reiteró las proferidas el 6 de septiembre de 2011, radicación 39582 y del 21 de septiembre de 2010, radicado 38098, en cuanto se dijo:*

*"Esta interpretación fue asumida también cuando se dio el viraje jurisprudencial sobre las consecuencias de la mora, al atribuir responsabilidad a las administradoras de pensiones en los eventos en que éstas falten al deber de diligencia en el cabro de las cotizaciones generadas por la actividad laboral de sus afiliados, de tal manera que en esos eventos, las cotizaciones no pagadas debían ser tenidas en cuenta para acumular la densidad de cotizaciones exigidas para una determinada prestación, en el momento en que fueron causados.*

*"En sentencia de 22 de julio de 2008, radicación 34270, donde operó el cambio jurisprudencial señaló la Sala:*

*"Si bien la obligación de paga de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del*

<sup>27</sup> Tribunal Administrativo De Boyacó, Despacha Na 3. Magistrado: Dr. Fabia Iván Afanador García. Media De Cantral: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho. Demandante: Germán Gonzolo Hurtado Rodríguez. Demandado: Unidad Administrativa de Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales - UGPP. Radicación: 15001 33 33 000 2013 00372. Tunja, 13 de febrero de 2014.

<sup>28</sup> Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Laboral. Magistrada Panente: Dr. GUSTAVO LÓPEZ ALGARRA. SL 715-2013. Radicación No. 42468. Acta No. 32. Bogotá, D.C. nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013).

incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.

"El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

"Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación."

"Posteriormente en sentencia de 1º de julio de 2009, rad. N° 36502 precisó la Corporación:

"Para el trabajador dependiente afiliado al Sistema, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio y por el tiempo en que esto ocurra, se causan cotizaciones, y se adquiere la categoría de cotizante, independientemente de que se presente mora patronal en el pago de las mismas". (Negrilla del Despacho)

De cara a la postura jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, desde ahora habrá que decir que para el caso de las reliquidaciones pensionales originada en la unificación jurisprudencial emanada del Consejo de Estado<sup>29</sup> en sentencia fechada 04 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, habida cuenta que en las reliquidaciones de pensión, la posible mora del empleador es derivada de una interpretación jurisprudencial de la norma en relación con los apartes, la cual surge, en la mayoría de las casas, cuando ya se ha terminada la relación laboral y se encuentran disfrutando de su prestación, los beneficiarios de los derechos pensionales, la que hace que durante la relación laboral el empleador no haya tenido la oportunidad de realizar los apartes sobre la totalidad de los factores, como quiera que se limitaban a apartar sobre los factores taxativamente enlistados en la respectiva norma, contrastando con el hecho que la administradora de pensiones tampoco haya podido ejercer las acciones propias para el recaudo de los apartes dejados de efectuar, como quiera que, tal como quedó expuesta, la interpretación de los administradores del sistema de seguridad social en pensiones frente a los factores ajena de apartes al sistema era de manera taxativa, como en el caso de los empleadores.

La anterior estriba en que la oportunidad para que los empleadores realicen los apartes sobre los factores no incluidas en la base de liquidación pensional y también para que la entidad administradora del sistema general de pensiones despliegue las medidas de cabra sobre aquellas apartes, parte de la orden judicial de inclusión de nuevos factores, baja al arbitrio de interpretación unificada antes referenciada, situación que no es asimilable a la mora del empleador estudiada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria. No obstante, debe aclararse que la mora en el pago de los apartes, sea por renuencia del empleador o por el cambio jurisprudencial que ocupa el sub lite, no hace nugatoria la prestación pensional y por lo tanto, la entidad encargada de administrar y pagar la pensión del beneficiario, debe realizar la inclusión de los nuevos factores salariales, así estos no hayan sido ajena de apartes, pudiendo ejercer las acciones de

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09). Actar: Luis María Velandia. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Bogotá, 04 de agosto de 2010.

20/1

cobro necesarias para asegurar el recaudo de los aportes al sistema, garantizando así la sostenibilidad del mismo.

### **Medios de Recaudo de los Aportes por parte de los Administradores del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.**

Ahora bien, se debe tener clara, que el ordenamiento jurídico ha diseñado unas herramientas legales para que las entidades administradoras del sistema general de pensiones, procuren por el recaudo de los aportes dejadas de realizar al sistema por parte del empleador. Sobre el particular debemos resaltar la postura de la Corte Suprema de Justicia<sup>30</sup>, así:

"El sistema de seguridad social es un conjunto normativo que se endereza, en lo que aquí nos concierne, a garantizar la "sostenibilidad" financiera del sistema, imponiendo a las aportantes contribuciones parafiscales, y a las administradoras su gestión integral, a partir del momento en que se causan las cotizaciones, sobre las cuales deben desplegar especial vigilancia, haciendo las requerimientos previstos en el Decreto 2663 de 1994, y emprendiendo las acciones de cobro, en cuya cabeza las radica la ley, además de otorgarles las herramientas idóneas, como el de revestir a sus certificaciones sobre la deuda por cotizaciones, intereses y multas, del valor de título ejecutivo, y para el I.S.S. de adelantar con él un juicio de jurisdicción coactiva.

El sistema ha de propender a la efectiva prestación de protección de la seguridad social, no solo contemplada aquel escenario en el que se cumplen cabalmente con todas las obligaciones, sino también cuando el sistema funcione anormalmente y no se sufragen las cotizaciones causadas por hechos imputables al empleador o a la administradora; la decisión que se tome no puede resultar afectando a quien ha cumplido con lo suyo, al afiliado que generó un crédito a la administradora exigible al empleador, y sin dejar de tener en consideración la "sostenibilidad" financiera del sistema.

Las cotizaciones causadas consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanta la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionada diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente." (Subrayado nuestro)

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativa de Boyacá<sup>31</sup>, insistiendo sobre los mecanismos dispuesto para que la administradora pensional recaude las aportes necesarias para el sostenimiento del sistema:

"Aunado a lo anterior, hay que indicar que para el empleador proceden las acciones de cobro que consagra el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobra con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador, donde la liquidación que determina el valor adeudado, prestará merito ejecutivo. Existiendo por lo tanto, un proceso plenamente definido en la ley para recobrar el dinero que el empleador no consignó oportunamente, no siendo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de lo figura del llamamiento en garantía, el mecanismo judicial, idóneo para definir esos valores." (Negrillas fuera del texto)

<sup>30</sup> Corte suprema de justicia. Sala de casación laboral. magistrada panente Eduardo López Villegas. Referencia: Expediente No. 35777. Acta No. 19. Bagatá, D.C., diecinueve (19) de maya de das mil nueve (2009).

<sup>31</sup> Tribunal Administrativo De Boyacá, Despacha No 5. Magistrado: Félix Alberta Rodríguez Riveras. Media De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho. Demandante: Luis Abraham Fajarda Rojas. Demandada: Unidad Administrativa de Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales –UGPP. Radicación: 15001 33 33 004 2012 00041-01. Tunja, 22 de mayo de 2014.

Los anteriores pronunciamientos nos llevan a concluir, que en el evento en que el empleador incumpla con las obligaciones de aparte al sistema general de seguridad social en pensiones, la administradora pensional, dispone de mecanismos legales para procurar su recaudo, refiriéndose específicamente al procedimiento administrativo de jurisdicción coactiva (regulado en los artículos 98 y s.s. de la Ley 1437 de 2011) y al proceso ejecutivo, pues la liquidación de deuda que realice la administradora de pensiones, presta mérito ejecutivo conforme la regla inmersa en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

#### **Pago de Aportes Sobre las Diferencias resultantes del Reconocimiento de una Reliquidación Pensional por Sentencia Judicial**

Este aspecto ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado desde la misma sentencia de unificación<sup>32</sup> sobre la no taxatividad de los factores salariales, señalando en aquel escenario el Consejo de Estado lo siguiente:

*"De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no haya efectuada la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional."*

Esta postura se reitera por la misma Corporación<sup>33</sup> de la siguiente manera:

*"Ahora bien, en lo que respecta a los factores que no se tuvieron en cuenta para realizar aportes al Sistema General de Pensiones, pero que sí se ordenaron incluir en la liquidación de la pensión en la sentencia de primera instancia, la Sala considera que de la suma que se ordene reconocer a la demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión de vejez, se debe ordenar hacer los descuentos sobre los factores respecta de los cuales no se hicieron aportes al Sistema."*

*La anterior decisión tiene como fundamento el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que el pensionada no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que, en su momento, se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema, pues con base en ellos se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral."*

*La Sala estima que debe existir correspondencia entre los factores respecta de los que se hacen apartes y sobre las que se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unas y otras y si, en casos como en presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del Sistema Pensional."*

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09). Actor: Luis María Velandía. Demandada: Caja Nacional de Previsión Social, Bogotá, 04 de agosto de 2010.

<sup>33</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintera. Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11). Actor: Luz Daris Portacarrero Reina. Demandado: Caja Nacional De Previsión Social, Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012).

Así pues, ha sido plenamente decantada legal y jurisprudencialmente la obligatoriedad de realizar aportes al sistema general de seguridad social en pensiones sobre los factores que integren el ingreso base de liquidación de las pensiones, como quiera que la omisión de esta obligación iría en desmedro del principio de sostenibilidad del sistema, teniendo en cuenta que son aquellos aportes los que dan la base financiera para el reconocimiento de las prestaciones económicas que emanan del citado sistema de general de seguridad social; situación de la cual no son ajenos los factores salariales de los cuales, eventualmente se ordene su inclusión en el ingreso base de liquidación de la pensión por efectos de una sentencia judicial que ordene reliquidar dicha prestación.

### **Solución del Llamamiento en Garantía para los casos de reliquidación Pensión**

Habiendo estudiado los presupuestos procesales de la figura del llamamiento en garantía, la teoría de la mora en el pago de los aportes por parte del empleador, los mecanismos legales para que la administradora de pensiones lagre el recaudo de los aportes dejados de percibir y la obligatoriedad de realizar los aportes sobre nuevos factores cuya inclusión fue ordenada mediante sentencia judicial, habrá que hacer las siguientes precisiones:

El artículo 225 de la Ley 1437 de 2011<sup>34</sup>, es norma especial en materia de llamamiento en garantía para la jurisdicción Contencioso Administrativo, y al decidir sobre la responsabilidad del llamado, se deberá tener en cuenta el objeto mismo de la figura en esta regulación especial, el cual, según la citada norma, no es otro que **"exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia"**. De lo anterior se debe decir, que la pretensión de llamamiento en garantía formulada en este caso no se ajusta al objeto de la figura del llamamiento en garantía, dado que se pretende que la entidad empleadora realice los aportes sobre los factores salariales que se llegaren a incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión del accionante, por lo que se puede establecer que la pretensión no se encamina a la reparación de un perjuicio, ni mucho menos a obtener el reembolso de la condena que se llegare a imponer.

Luego de ahondar en el objeto del llamamiento en garantía se debe observar, que la demanda principal está dirigida a obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos expedidos por la administradora pensional y mediante los cuales se negó la reliquidación de la pensión de la actora y por consiguiente solicita la inclusión de los factores que no hayan sido tenidos en cuenta en el ingreso base de liquidación de la pensión, habiendo sido devengadas en el año anterior a la adquisición del status

<sup>34</sup> Artículo 225. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.
2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y las de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.
3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.
4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

204

pensional. Pretensión que no resulta conexa a lo pretendido mediante el llamamiento en garantía, pues tal y como queda expuesto ut supra, corresponde a la administradora pensional realizar los reconocimientos que a haya lugar, inclusive cuando el empleador no haya realizado los apartes respectivos, toda vez que no es posible trasladar las efectos de la omisión de catización al beneficiaria de la prestación, pues la obligación del trabajador de aportar al sistema de pensiones, tiene vigencia durante su vinculación laboral y no con posterioridad a ella, la que no significa que encuentre exonerado de este deber, pues el juzgador al momento de dictar su sentencia, debe manifestarse sobre la facultad que tiene la administradora de pensiones de descontar de las diferencias reconocidas con la inclusión de nuevos factores, los apartes al sistema, en los porcentajes a cargo del trabajador, en virtud del principio de sostenibilidad.

Situación similar a la que se presenta con el empleador, pues si bien la sentencia no le ordenará el pago de los aportes adeudados con ocasión de la inclusión de los nuevos factores, si se hará alusión a la facultad que tiene la administradora pensional de utilizar los mecanismos legales para procurar el recaudo de los apartes a cargo del empleador respecto de los factores salariales incluidos en virtud de la eventual sentencia judicial, con el fin de evitar perjuicios patrimoniales a la entidad pagadora de la prestación y para de esta forma garantizar la sostenibilidad del sistema.

Sobre el particular ha señalada recientemente el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>35</sup> lo siguiente:

*"De otra parte, la entidad demandada, cuando formula la petición de llamamiento en garantía a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, para exigirle una pretensión distinta a la que se ha propuesto por el demandante. En efecto, **en el llamamiento en garantía, la demanda no pretende el reembolso del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, sino una pretensión distinta y ajena a la controversia, como lo es la cancelación de los aportes que no se efectuaron.***

*En otras palabras, bajo las normas antes expuestas, la entidad demandada no puede exigir el cumplimiento de eventuales obligaciones de quien llama en garantía distintas al reembolso del pago de una condena. Así, la entidad demandada al llamar a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia para eventualmente responder por el pago de "los aportes en pensión que no se efectuaron de parte del Empleador", **está formulando una nueva pretensión, soportada en una nueva causa jurídica, la Ley 100 de 1993 artículo 22, circunstancia indamisible frente a la figura del llamamiento en garantía.**" (Negritas y Subraya nuestras)*

En la misma línea se reitera tal postura concluyendo la citada Corporación, lo siguiente:

*"Bajo estas condiciones, el despacho concluye que en el escrito de llamamiento en garantía, le es exigible al llamante simplemente afirmar que le asiste un derecho a reclamar el reembolso de lo pagado, pero la norma no ampara la posibilidad de reclamar un derecho distinto y ajeno a la causa ventilada en el proceso principal, por el contrario al espíritu de la figura del llamamiento en garantía; por estas razones y no por otras, se confirmará la decisión tomada por el a quo en el sentido de rechazar dicha solicitud."*

En conclusión, se debe decir que la pretensión que se invoca en la solicitud del llamamiento en garantía no es compatible con la naturaleza y el objeto misma de la

<sup>35</sup>Tribunal Administrativo de Boyacá, Despacho No 3. Magistrada: Fabia Iván Atanador García. Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho. Demandante: Germán Gonzalo Hurtado Rodríguez. Demandado: Unidad Administrativa de Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales - UGPP. Radicación: 15001 33 33 000 2013 00372. Tunja, 13 de febrero de 2014.

205

figura, por lo que la entidad demandada cuenta con medios legales idóneos para obtener el pago de los aportes que se adeuden por parte del empleador, generando entonces una pretensión independiente, respaldada por sustentos jurídicos distintos a los aquí ventilados, lo que hace improcedente la admisión del llamamiento en garantía, por lo que no tendría cabida ordenar el pago de los aportes adeudados a través del medio de control que hay nas ocupa.

En el presente llamamiento, se puede ver que la relación que existe entre CAJANAL ahora UGPP y la llamada en garantía Universidad pedagógica y Tecnológica de Colombia, no se deriva de un vínculo contractual, par el cual uno se haya comprometido con el otro a asumir las consecuencias negativas de una sentencia, pues no hay evidencia si quiera sumaria que así lo indique y menos una alusión expresa en la petición, por la que CAJANAL, ahora UGPP, no puede citar a la Universidad tecnológica y pedagógica de Colombia para que soporte una eventual sentencia adversa en su nombre.

CAJANAL ahora UGPP basa su solicitud en que el Art. 22 de la ley 100 de 1993, impone la obligación a tado empleador de realizar el descuento y pago de las apartes a la entidad pensional, tanto del trabajador, como la parte ali-cuota que está en cabeza de este. Desde la perspectiva de la demandada, si fuese condenado a reliquidar la pensión incluyendo factores salariales sobre los cuales na se cotizó, le correspondería a la Rama Judicial por mandato legal responder por ellos, aunque no le haya descontado al trabajador los mismos, pero atendiendo los fundamentos de hecho y de derecho expuestos es impracedente condenar por el pago de aportes, en virtud de la nueva infegración de la base de liquidación de la pensión a la Rama Judicial, pues no es posible establecer en este caso relación procesal entre el llamante y la llamada, ni a este última podrían extenderse los efectos de la sentencia que se dictase para desatar la controversia, en efecto, de ninguna manera podría condenarse en este proceso al pago de reajustes pensionales a favor del demandante y no corresponde en este caso definir si la entidad cumplió con el deber de efectuar descuentos por catizaciones obligatorias dada que, aunque existe una relación entre los apartes y la pensión, esta se liquida sobre los factores salariales que la ley precisa para ello y no sobre los aportes que, dicho sea, corresponden a los que toda la vida laboral del empleado y no sola a los del periodo que se toma en cuenta para el reconocimiento.<sup>36</sup>

En virtud de lo previamente expuesto se niega el llamamiento de garantía realizado por CAJANAL ahora UGPP a la UPTC, se declara la prosperidad de la excepción de **"Improcedencia del llamado en garantía"** propuesta por la UPTC y en cambio se ordenará que sobre los nuevos factores que se vayan a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación recanocida a la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ, la UGPP deberá realizar los descuentos por concepto de aportes destinados para el Sistema de Seguridad Social.

En efecto, en el evento en que respecto de algún factor salarial de los descritos no se hayan practicado descuentos por parte de la administración como aporte para la pensión de la demandante, debe tenerse en cuenta lo sostenido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia del veintidás (22) de noviembre de dos mil doce (2012),

**SECCION SEGUNDA SUB SECCION "A" Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**  
**Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11)**

*"En lo que respecta a los factores que no se tuvieron en cuenta para realizar aportes al Sistema General de Pensiones, pero que sí se ordenaron incluir en la liquidación de la pensión en la sentencio de primero instancio, la Sala considera que de la suma que se ordene reconocer a la demandante por concepto de los diferencias que*

<sup>36</sup> Así lo ratificó recientemente el Tribunal Administrativo M.P Clara Elisa Cifuentes Ortiz en providencia del 14 de agosto del año pasado. Expediente 150012333000201400136-00.

surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión de vejez, se debe ordenar hacer los descuentos sobre los factores respecto de los cuales no se hicieron aportes al Sistema. La anterior decisión tiene como fundamento el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que el pensionado no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que, en su momento, se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema, pues con base en ellos se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral. "

Declarada la prosperidad de la mencionada excepción, no es necesario entonces estudiar las restantes propuestas por el llamado en garantía.

### 8.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.P.C. Para este efecto, el Despacho considerará los siguientes argumentos del órgano de cierre de la Jurisdicción:

*El criterio de aplicación de las normas sobre condena en costas en desistimiento de la demanda, debe atender al carácter del conflicto suscitada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues tal y como lo planteó el recurrente, la filosofía de esta figura en el derecho civil es diferente a la ventilada en asuntos como el de la referencia por el carácter público de una de las partes en conflicto, que entre otras cosas, ha justificado en Colombia la existencia de una jurisdicción especializada e independiente de la ordinaria.*

*En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia<sup>37</sup>, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.<sup>38</sup>*

Es decir que, en materia de costas, aún bajo la égida de la Ley 1437 de 2011 no cabe la condena automática a la parte vencida, sino que habrá que considerar: (i) la naturaleza de los conflictos que se resuelven en la Jurisdicción Contencioso Administrativo, que no tienen un contenido puramente económico, sino que está involucrado el interés público y el reclamo de derechos de los ciudadanos ante la administración, ámbito distinto al de la jurisdicción civil, así como las circunstancias particulares del caso. (ii) el fundamento de las costas procesales es sancionar el abuso del derecho o el desgaste judicial innecesario, por ello cabe el análisis de la conducta de las partes en el debate, las costas no pueden ser impuestas atendiendo simplemente el razonamiento objetivo de ser vencido en juicio. En este caso no observa el Despacho que alguna de las partes haga uso temerario del recurso judicial, ni está demostrado que la administración haya desconocido los deberes

<sup>37</sup> Sentencia T-342 de 2008: "Al respecto cabe señalar, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc<sup>37</sup>. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3º del artículo 393 del C.P.C.<sup>37</sup>, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado."

<sup>38</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera ponente GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, 17 de octubre de 2013. Radicación 150012333000201200282. Actor: AUGUSTO VARGAS SÁENZ. Demandado: Ministerio de minas y energía.



207

que le impone el artículo 10 del C. P. A. C. A., razón por la cual se abstendrá de imponer condena en costas, rectificando la postura adoptada en casos semejantes, pues bajo la nueva interpretación que hace el Consejo de Estado del artículo 188 del C. P. A. C. A., cabe aún contemplar en este procedimiento argumentos distintos a ser vencida en juicio, debiendo estudiar el Juez las características particulares de cada debate antes de condenar en costas, razón que no se tuvo en cuenta en decisiones anteriores sobre este punto.

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

#### FALLA:

**PRIMERO:** Declarar na próspera la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, propuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

**SEGUNDO:** Declarar próspera la excepción "Improcedencia del llamado en garantía" propuesta por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

**TERCERO:** Declarar la nulidad de la Resolución No. RDP 026080 del 07 de junio de 2013, proferida por la UGPP, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, a la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ, identificada con C.C 23.272.865 de Tunja, según la parte motiva de este proveído.

**CUARTO:** Declarar la nulidad de la Resolución RDP 036106 del 09 de agosto de 2013 proferida por la UGPP, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación, confirmando en su totalidad la Resolución No. RDP 026080 del 07 de junio de 2013, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, a la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ, identificada con C.C 23.272.865 de Tunja, según la parte motiva de este proveído.

**QUINTO:** A fin de restablecimiento del derecho, se ordena a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, reliquidar la pensión de vejez reconocida a la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ desde el 1 de julio de 2007, incluyendo todo lo devengado en el último año de servicios, comprendido entre el 30 de diciembre de 2007 y el 31 de diciembre de 2008, es decir, adicionando a los factores ya incluidas la **prima técnica, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones**. A dichos valores se aplicarán los reajustes de ley.

**Las diferencias sólo podrán ser reconocidas a partir de que se hizo exigible la pensión, lo cual sucedió con el retiro del servicio acontecida el 30 de diciembre de 2008.** De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas e igualmente de no haberse efectuado los descuentos de aportes a la entidad de Previsión sobre los factores a tener en cuenta, ellas se deducirán.

**SEXTO:** la suma que deberá cancelar la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, por concepto de reliquidación de la pensión de vejez a pagar, se actualizará de acuerdo con lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A. desde luego, sin perjuicio de la estipulada en el artículo 192 del C.P.A.C.A., cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

208

**SÉPTIMO:** No condenar a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC, como llamado en garantía dentro del presente proceso.

**OCTAVO:** La suma que deberá cancelar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de reliquidación de la pensión de jubilación a pagar, se actualizará de acuerdo con lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

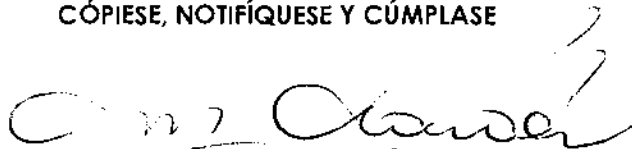
**NOVENO:** Sobre los nuevos factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de vejez reconocida a la señora MARÍA CELINA CALLEJAS LÓPEZ, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, deberá realizar los descuentos por concepto de aportes destinadas para el Sistema de Seguridad Social en Salud que corresponden al trabajador. Así mismo, sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión, deberán realizarse los descuentos por concepto de las aportes que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo manifestado en la motivación de esta sentencia.

**DECIMO:** No condenar en costas a la demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**DÉCIMO PRIMERO:** Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO**  
**JUEZ**