



Consejo Superior
de la Judicatura

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN VEJEZ

DEMANDANTE: CARLOS EDUARDO VARGAS RINCÓN

**DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-**

EXPEDIENTE: 15001-33-33-006- 2013-0112

ACTA No. 44 de 2015

AUDIENCIA INICIAL ART. 180 LEY 1437 DE 2011

ARTÍCULO 180 DEL C.P.A.C.A. SANEAMIENTO DEL TRÁMITE, DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS, FIJACIÓN DEL LITIGIO, CONCILIACIÓN Y DECRETO DE PRUEBAS.

En la ciudad de Tunja, a los quince (15) días del mes de abril del año dos mil quince (2015), siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), día y hora fijados en la providencia del veinte (20) de marzo de dos mil quince (2015), para llevar a cabo la diligencia de Audiencia inicial dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO N° 15001-33-33-006-2013-01112** instaurada por el señor **CARLOS EDUARDO VARGAS RINCÓN** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-**, la suscrita Juez **MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO**, en compañía de **ADRIANA CASTELBLANCO DIAZ** como **secretaria AD-HOC** se constituye en audiencia pública.

Se informa a los asistentes que el orden de la audiencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., será el siguiente:

1. Verificación de asistentes a la diligencia.

2. Saneamiento del proceso.
3. Resolución de excepciones previas y mixtas.
4. Fijación del litigio.
5. Conciliación.
6. Medidas Cautelares.
7. Decreto de Pruebas.

Se advierte a las partes que sus actuaciones procesales deben acatar lo establecido en el artículo 78 del C.G.P., ya que de no observarse sus deberes, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 79, 80, 81 y 366 del C.G.P. en concordancia con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en caso de que llegasen a proponer excepciones previas, incidentes, recursos o nulidades con mala fe, injustificadamente o de forma temeraria. Lo anterior, conforme a la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A.

1. - ASISTENTES

En este estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, número de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quien o que entidad representan.

1.1.-PARTE DEMANDANTE:

- **APODERADO:** Doctor **JAIME ALBERTO RODRIGUEZ GARCIA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19'312.759 de Bogotá y T.P. N° 154.778 del C.S. de la J., en calidad de apoderado de la parte demandante, quien **sustituye poder al Dr. WILFREDO RAMIREZ CASTIBLANCO**, identificado con Cedula de Ciudadanía N° 7.165.795 y portador de la Tarjeta Profesional No. 155.318 del C. S. de la J., en atención a que la sustitución reúne los requisitos establecidos en los artículos 159, 160 del C.P.A.C.A. y 75 del C.G.P., el despacho reconoce personería jurídica para actuar como apoderado de la parte demandante.

1.2.- PARTE DEMANDADA

- **APODERADO:** Doctora **LAURA MARITZA SANDOVAL BRICEÑO**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 46'451.568 de Duitama y T.P. N° 139.667 del C.S.

de la J., en calidad de apoderada de la parte demandada, quien **sustituye poder a la Dra. MARIA ALEJANDRA DUEÑAS RUIZ**, identificada con Cedula de Ciudadanía N° 1.049.623.065 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 239.270 del C. S. de la J., en atención a que la sustitución reúne los requisitos establecidos en los artículos 159, 160 del C.P.A.C.A. y 75 del C.G.P., el despacho reconoce personería jurídica para actuar como apoderada de la entidad demandada.

1.3.- MINISTERIO PÚBLICO:

- Doctor **RAÚL HERIBERTO BLANCO HERNÁNDEZ**, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 4.237.936 de San Mateo (Boyacá) y portador de la Tarjeta Profesional No. 49.189 del C.S. de la J., quien actúa en calidad de **Procurador Judicial 67** para Asuntos Administrativos ante este Despacho.

1.2. - INASISTENCIAS Y EXCUSAS

Se deja constancia de la inasistencia del **representante de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado**. No obstante lo anterior, se continúa con el orden de la audiencia, pues la inasistencia de este no impide la realización de la misma, según lo establecido en el inciso segundo del numeral 2º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Las partes quedan notificadas en estrados.

2.- SANEAMIENTO DEL PROCESO:

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 180 numeral 5º en concordancia con el 207 del C.P.A.C.A., el Despacho indica que **NO** advierte la existencia de alguna irregularidad o vicio que acarreen nulidades de lo actuado hasta esta etapa procesal. No obstante lo anterior se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifieste al respecto:

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte actora**, quien manifestó: No se vislumbra nulidad que afecte el proceso.

Se le concede el uso de la palabra a la **apoderada de la entidad demandada**, quien manifestó: No advierto vicios.

Se le concede el uso de la palabra al **Procurador 67 delegado a este Despacho**, quien manifestó: No se advierte nulidad o irregularidad que invalide lo actuado.

Escuchadas las partes, el Despacho manifiesta que no existe irregularidad ni causal alguna que origine nulidad de lo actuado, razón por la cual se continúa con el orden de la audiencia.

Las partes quedan notificadas en estrados.

3.- DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS.-

La entidad accionada con la contestación de la demanda propuso las excepciones que denominó: **(i)** Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. **(ii)** Inexistencia de vulneración de principios Constitucionales y legales, **(iii)** Prescripción de mesadas, y **(iv)** Genérica. (Fs. 102-103), a las cuales se les dio traslado de conformidad con el artículo 175 del CPACA, (Fl. 124), término dentro del cual la parte actora guardó silencio; en consecuencia procede el Despacho a pronunciarse sobre ellas:

- ❖ **Excepción de Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido**
- ❖ **Excepción de Inexistencia de vulneración de principios Constitucionales y legales**

Manifiesta el Despacho que las excepciones anteriormente mencionadas no serán resultas en este estadio procesal, en tanto, para el mismo solo está previsto que el Juez se pronuncie sobre las excepciones taxativamente previstas en el artículo 180 N° 6 del C.P.A.C.A.- *cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.- y sobre las previas que se encuentran también taxativamente enlistadas en el artículo 100 del C.G.P., norma aplicable en virtud de la remisión que contempla el artículo 306¹ del C.P.A.C.A.; de modo que como las excepciones propuestas por la apoderada de la accionada, no se enmarcan dentro de*

¹ **Artículo 306. Aspectos no regulados.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

ninguna de las contempladas en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011 y, 100 del C.G.P., esta instancia se abstiene de emitir un pronunciamiento de fondo sobre las mismas.

En consecuencia, indica el Despacho que las motivaciones expuestas por la apoderada, son argumentos de defensa que no constituyen excepciones previas ni de mérito, en la medida que no atacan ni enervan las pretensiones de la parte actora, por lo tanto los mismos serán analizados con el fondo del asunto.

❖ **Prescripción de mesadas**

Indica el Despacho que esta excepción será resuelta con el fondo del asunto, atendiendo a su naturaleza accesoria respecto de la prosperidad o no de las pretensiones.

❖ **Genérica**

Fuera de las excepciones presentadas con la contestación de la demanda, el Despacho no encuentra excepciones previas que deban ser declaradas de oficio, como tampoco las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimaciones en la causa, previstas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

De igual forma, reitera el despacho que no falta ningún requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la actora.

Las partes quedan notificadas en estrados.

4. - FIJACIÓN DEL LITIGIO.

Revisada la demanda y su contestación, observa el Despacho que existe consenso en los hechos N° 1, 2, 3, 4, 5 y 8; y ausencia de consenso en los demás. Por consiguiente, se indaga a las partes acerca de si existe acuerdo sobre otros hechos y demás extremos de la demanda, de acuerdo con el numeral 7° del artículo 180 del C.P.A.C.A., para lo cual se concede el uso de la palabra.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte actora**, quien manifiesta:
No su señoría.

Se le concede el uso de la palabra a la **apoderada de la entidad accionada**, quien manifiesta: No su señoría.

Una vez escuchadas las partes el Despacho procede a fijar el litigio sobre las pretensiones² planteadas en la demanda a folios 2 a 3 y 53 a 54, y los hechos³ planteados en la demanda a folios 2 a 3 **salvo** la precisión hecha por el Despacho respecto de la situación fáctica en la que hubo consenso.

Así las cosas los problemas jurídicos a resolver en el presente litigio son:

² **PRETENSIONES** Fls. 2 a 3 y 53 a 54:

1. Que se declare la NULIDAD PARCIAL de la RES. #. 5355 DEL 01-03-2004, y NULIDAD PARCIAL de la RES. #. 44519 del 25-09-2007, proferidas por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E EN LIQUIDACION, mediante la cual le reconoció y reliquidó la PENSION JUBILACION al demandante, desconociendo que la misma debe ser liquidada con el promedio de lo devengado en el último año de servicios; incluyendo todos los factores salariales e indexando su primera mesada pensional.
2. Que como consecuencia de las anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a las Demandas CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E EN LIQUIDACION y A LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP, a reliquidar la pensión de mi representado; Liquidándola con el promedio de lo devengado en el último año de servicios.
3. Que se ordene a las demandadas a incluir todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios, conforme a su certificado de salarios y prestaciones sociales devengados en ese año.
4. Que igualmente se ordene a las demandadas a indexar la primera mesada pensional del demandante.
5. Que se condene a las demandadas a pagarle al accionante, las sumas que dejó de percibir por no haber liquidado su pensión, con forme al régimen de transición que lo ampara: Liquidando su pensión con lo devengado en el Último Año de Servicios; incluyendo todos los factores salariales devengados en dicho año e indexando su primera mesada pensional; sumas que serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el Inciso Final del Artículo 187 del C.P.A.C.A y se reajustara su valor desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo.
6. Que se condene en costas a las demandadas.
7. Que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto en el Artículo 192 del C.P.A.C.A.

³ **HECHOS** Fls. 2 a 3

1. El demandante laboro para El ESTADO - UNIVERSIDAD PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA - U.P.T.C, por más de 2.000 semanas.
2. Durante su vida laboral aporato para el RIESGO DE VEJEZ a la CAJA NACIONAL EICE, sobre su salario y demás factores salariales, como lo ordeno la Ley 4 de 1.966 y la Ley 33 de 1.985.
3. El demandante cumplió el requisito de más de 15 años de servicio y 40 años de edad al entrar a regir la Ley 100 de 1.993.
4. El demandante se retiró del Servicio el 27-12-2006.
5. El demandante, por haber cumplido con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la Ley las demandadas, le concedieron y reconocieron su pensión jubilación, a través de la Resolución: 5355 del 01-03-2004, efectiva a partir del 01-04-2003, condicionada a retiro definitivo del servicio .
6. La liquidación de la Pensión del accionante, se efectuó teniendo como base el promedio de lo devengado en el promedio de los DIEZ (10) AÑOS DE ÚLTIMO AÑO DE SERVICIOS Y NO SE LE INCLUYERON TODOS LOS FACTORES SALARIALES.
7. El demandante devengo en el último año de servicios: SALARIO BASICO; SALARIO ADICIONAL: Compuesto por: Horas Extras Diurnas, Horas Extras, Nocturnas, RECARGO NOCTURNO; DOMINICALES Y FESTIVOS DE CARÁCTER PERMANENTE y SUELDO POR VACACIONES; y los Factores Salariales de: PRIMA DE ANTIGÜEDAD; SUBSIDIO DE TRANSPORTE; SUBSIDIO DE ALIMENTACION, BONIFICACION POR RECREACION; PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIOS Y PRIMA DE NAVIDAD, ENTRE OTRAS; tal como consta en su certificado de salarios.
8. Al demandante le fue reliquidada su pensión, con Resolución No. 44519 del 25-09-2007, pero en dicha reliquidación no se tuvieron en cuenta todos los factores devengados en el año de retiro.

a) ¿Qué régimen pensional le es aplicable a la pensión de vejez del señor **CARLOS EDUARDO VARGAS RINCON**, teniendo en cuenta su edad y tiempo de servicio, y la expedición de la ley 100 de 1.993?

b) ¿La parte actora es beneficiaria de las excepciones previstas en el artículo 1º de la ley 33 de 1985?

c) ¿Es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de las leyes 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?

Las partes quedan notificadas en estrados.

6.- CONCILIACIÓN

Si bien el artículo 180 No. 8 establece que en cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, se advierte que el tema aquí debatido tiene que ver con pensiones, asunto no conciliable⁴, sin embargo, atendiendo a que pueden conciliar sobre cuestiones accesorias, se le concede el uso de la palabra a las partes para verificar si existe animo conciliatorio y si en el presente caso la entidad accionada se reunió con el comité de conciliación, para lo cual deberá allegar el acta de conciliación emitida por dicho comité.

Se le concede el uso de la palabra a la **apoderada de la entidad accionada**, quien manifiesta: El comité de conciliación de la entidad accionada recomendó no conciliar atendiendo a que considera que se debe liquidar la pensión de conformidad con el artículo 36 de la ley 100 y los factores salariales del Decreto 1045. Para el efecto radica el acta en dos folios.

⁴ Con el fin de decidir sobre el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es necesario precisar que son materia de conciliación los derechos que tengan el carácter de "inciertos y discutibles" autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito "... cuando los asuntos sean conciliables..."

"...Cuando se ha adquirido el derecho pensional por cumplir los requisitos señalados en la Ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho, ya que es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su otorgamiento están dadas por la Ley y ella no puede ser objeto de negociación por ninguno de los extremos, por ser de orden público..." (Consejo de Estado Sección Segunda, sub-sección B C.P. Martha Lucia Ramírez de Páez. Rad: 23001-23-31-000-2009-00014-01.(0728-09).

Una vez escuchada la apoderada de la entidad accionada, el Despacho declara fracasada esta fase de la audiencia, y en consecuencia se ordena seguir con el trámite establecido para esta audiencia.

Las partes quedan notificadas en estrados.

7.- MEDIDAS CAUTELARES.

Atendiendo a que en la presentación de la demanda no se solicitaron medidas cautelares y tampoco durante el trámite de la audiencia se continúa con el decreto de pruebas.

8.- DECRETO DE PRUEBAS

8.1. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE

❖ DOCUMENTALES:

1. Téngase como pruebas con el valor que por ley les correspondan a los documentos vistos a folios 5 a 47 y 65 a 70 del expediente.
2. Encuentra el Despacho que la parte actora en el acápite de pruebas solicita oficiar a la entidad demandada a fin de que allegue todas las pruebas que tenga en su poder que verse sobre la presente demanda, al respecto indica el Despacho que mediante auto admisorio del 23 de octubre de 2013 se solicitó a la entidad el envío del expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 y el parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA (fs. 77-78). Solicitud que fue atendida en debida forma por la apoderada de la entidad accionada, pues el expediente administrativo del demandante fue allegado con la contestación de la demanda en forma digitalizada en CD, el cual obra a folios 87 a 89 con la respectiva constancia de ser fiel copia del expediente pensional que reposa en la entidad, en consecuencia se niega el Decreto de la prueba solicitada.

8.2. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA

❖ DOCUMENTALES:

1. Téngase como pruebas con el valor que por ley les correspondan a los documentos vistos a folios 87 a 89 y 91 a 114 del expediente.
2. Niéguese la prueba solicitada en el acápite denominado "Documentales solicitadas", pues el certificado de factores salariales devengados por el demandante y sobre los cuales se realizó descuentos para aportes a pensión fue allegado por la parte actora y obra a folio 18 a 47, y también se encuentra dentro del expediente administrativo digitalizado en CD, el cual fue allegada por la apoderada de entidad accionada, obrante a folio 89.

Las partes quedan notificadas en estrados.

8. PRESCINDIR DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS.

Atendiendo a que el **asunto sometido a consideración del Juzgado es de puro derecho**, pues lo debatido es la aplicación de la normatividad relacionada con el Sistema General de Pensiones y que las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para proferir decisión de fondo, el Despacho dará **aplicación al inciso final del artículo 179 del C.P.A.C.A.**, para lo cual se prescinde de la audiencia de pruebas, se procede a escuchar los alegatos de conclusión expuestos por las partes y el concepto del Ministerio Público y dictar sentencia.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El Despacho concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus **alegatos de conclusión**:

Se le concede el uso de la palabra a la **apoderada de la parte actora**, quien manifiesta: Reitera los argumentos de la demanda en el sentido de solicitar que se reliquide la

reliquidación de la pensión de vejez del accionante dado que en el reconocimiento de la pensión no se tuvieron todos los factores salariales.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la entidad demandada**, quien manifiesta: Solicita absolver a la entidad accionada toda vez que los factores salariales que se reconocieron en la pensión del accionante fueron los taxativamente señalados en la normatividad vigente.

Se le concede el uso de la palabra al **Procurador 67 delegado a este Despacho**, quien manifestó: Analizada la demanda, la contestación y los documentos aportados se observa que el accionante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. En cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la liquidación de la pensión es del caso tener en cuenta que el H. Consejo de Estado haciendo un análisis de la Ley 33 y 62 de 1985 unificó la jurisprudencia y estableció que los factores allí previstos no están taxativamente señalados sino que están enunciados por lo que deben tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, sin embargo debe tenerse en cuenta que en el presente caso también debe aplicarse la prescripción de mesadas como lo solicita la entidad accionada en la excepción que plantea. Frente a la pretensión de la indexación de la primera mesada señala que no tiene vocación de prosperidad ya que se reconoció la pensión con efectividad al retiro del servicio.

10. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Escuchados los alegatos presentados por la partes, de conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

I. ANTECEDENTES (Resumen de la Demanda y su contestación)

El apoderado de la **parte actora**, en su escrito de demanda, solicita se anulen parcialmente las resoluciones objeto de demanda toda vez que contienen un vicio en su contenido, el cual emerge como una infracción directa de la Constitución y la ley, al desconocer que el demandante cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto al entrar en regir (abril 1 de 1994), el demandante cumplía la condición de 15 años o más de

tiempo de servicios y/o 40 años o más de edad, por lo que debe reconocerse la pensión con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales tal como lo expuso el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial, en donde se definió que las pensiones que rigen por la Ley 33 de 1985, entre ellas la del actor, deben ser liquidadas con todos los factores salariales, desechando de plano la aplicación taxativa y restringida de la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

Por su parte la **entidad accionada**, a través de su apoderada manifiesta que la liquidación de la pensión del demandante se liquidó de conformidad con las normas legales vigentes y el precedente jurisprudencial, respetando la edad, el tiempo de servicios, y el monto, siendo este solo el porcentaje del IBL según la ley y tomando el tiempo de liquidación que establece la Ley 100 en el régimen de transición, así como los factores de la misma.

- **Pretensiones:**

Primera: Que se declare la NULIDAD PARCIAL de la Resolución N° 5355 DEL 01-03-2.004, y NULIDAD PARCIAL de la Resolución N° 44519 del 25-09-2007, proferidas por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E EN LIQUIDACION, mediante la cual le reconoció y reliquidó la PENSION JUBILACION al demandante, desconociendo que la misma debe ser liquidada con el promedio de lo devengado en el último año de servicios; incluyendo todos los factores salariales e indexando su primera mesada pensional.

Segunda: Que como consecuencia de las anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a las Demandas CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL E.I.C.E EN LIQUIDACION y A LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL -UGPP, a reliquidar la pensión de mi representado; Liquidándola con el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Tercera: Que se ordene a las demandadas a incluir todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios, conforme a su certificado de salarios y prestaciones sociales devengados en ese año.

Cuarta: Que igualmente se ordene a las demandadas a indexar la primera mesada pensional del demandante.

Quinta: Que se condene a las demandadas a pagarle al accionante, las sumas que dejó de percibir por no haber liquidado su pensión, con forme al régimen de transición que lo ampara: Liquidando su pensión con lo devengado en el Último Año de Servicios; incluyendo todos los factores salariales devengados en dicho año e indexando su primera mesada pensional; sumas que serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el Inciso Final del Artículo 187 del C.P.A.C.A y se reajustara su valor desde la fecha en que se hicieren exigibles hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo.

Sexta: Que se condene en costas a las demandadas.

Séptima: Que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto en el Artículo 192 del C.P.A.C.A.

II. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la *litis*.

2.1. Problema Jurídico:

El fundamento del presente proceso es decidir sobre la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° 5355 del primero (1°) de marzo de 2004, por medio del cual se reconoce la pensión de vejez del accionante, y N° 44519 del veinticinco (25) de septiembre de 2007, mediante el cual se reliquida la pensión de vejez del accionante. Para efectos de dictar sentencia dentro del presente proceso, se hace necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

a) ¿Qué régimen pensional le es aplicable a la pensión de vejez del señor **CARLOS EDUARDO VARGAS RINCON**, teniendo en cuenta su edad y tiempo de servicio, y la expedición de la ley 100 de 1.993?

b) ¿La parte actora es beneficiaria de las excepciones previstas en el artículo 1º de la ley 33 de 1985?

c) ¿Es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de las leyes 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?

2.2. Cuestiones previas.-

1.2.3. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas en la presente diligencia, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del CPACA, se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la ley 1564 de 2012 (Código general del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado⁵.

2.3. Argumentos y sub argumentos para resolver los problemas jurídicos planteados.

2.3.1. De la normatividad aplicable al caso:

Mediante el Decreto 691 del 29 de marzo de 1994, se ordenó la incorporación de los servidores públicos de la rama ejecutiva de todos los órdenes, tanto del sector central como el descentralizado, al Sistema General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993.

⁵ Ver el artículo 626

Con posterioridad, se expidió el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, el cual en su artículo 1º estableció los factores salariales base de liquidación de la pensión de los empleados incorporados al Sistema General de Pensiones.

A pesar de que mediante la Ley 100 de 1993, se estableció un Sistema General de Pensiones, dicha ley también consagró en su artículo 36 inciso 2º, un régimen de transición que permitía a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema:

a). Tuvieran treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si eran hombres, o b). Quince (15) o más años de servicios cotizados, a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones (abril 1º de 1994), optar por el régimen de pensiones anterior al cual se encontraban afiliados en cuanto a edad, tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y monto de la pensión.

Ahora, respecto al alcance del régimen de transición, el H. Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia⁶ ha expresado que la aplicación del régimen anterior incluye lo atinente a la (i) edad, (ii) tiempo de servicio y (iii) monto de la pensión por cuanto, según dicha Corporación, es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, y agrega -ésta misma- que si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que 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.

Entonces existiendo claridad sobre el alcance del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, veamos, en materia del régimen pensional en el sector oficial, cuál sería la normatividad aplicable a aquellas personas beneficiarias del mencionado régimen de transición.

Partiendo de la anterior premisa y al revisar la evolución normativa pensional en el sector oficial, encontramos que el régimen inmediatamente anterior a la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, era el contenido en las leyes 33 y 62 de 1985.

Siendo así las cosas, a partir de la vigencia de la ley 33 de 1985 las pensiones de los servidores del Estado de cualquier orden se liquidan en el equivalente al 75% del salario

⁶ Sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs: Alejandro Ordóñez Maldonado y Nicolás Pájaro.

promedio que sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, teniendo en cuenta como factores salariales los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Ahora, las dos normas anteriores establecieron la forma de liquidar las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden. No obstante lo anterior, dentro de la misma Ley 33 de 1985, en su artículo 1º, se crearon dos excepciones en la aplicación de dicha normatividad: La primera excepción a dicha norma eran los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. Por otro lado, la segunda excepción se presentaba bajo el marco de un régimen de transición, según el cual, si la persona contaba con más de quince (15) años de servicios a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, que entró a regir **el 13 de febrero de 1985**, tendría derecho a que se le aplicaran las normas de pensiones anteriores, en cuanto al requisito de edad, pero no para la liquidación de esta prestación; mientras que si contaba con veinte (20) años de servicio y se encontraba retirado al momento de entrar en vigencia la ley, cuando cumpliera la edad de cincuenta y cinco (55) años tendría derecho a que se le reconociera y pagara su pensión conforme a las disposiciones vigentes al momento del retiro.

Existiendo claridad sobre el alcance del régimen de transición establecido en el artículo 1º de la ley 33 de 1985, veamos entonces, en materia del régimen pensional en el sector oficial, cuál sería la normatividad aplicable a aquellas personas beneficiarios del mencionado régimen de transición.

Partiendo de la anterior premisa y al revisar la evolución de la normatividad pensional en el sector oficial, encontramos que el régimen inmediatamente anterior a la ley 33 y 62 de 1985, y del cual serían beneficiarios las personas que se encontraban dentro de las excepciones establecidas en el artículo 1 de la ley 33 de 1.995, para el caso de los servidores públicos, era el previsto en la ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966 y Decreto 1045 de 1978, por cuanto, las leyes 33 y 62 de 1985, derogaron el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, en lo atinente a los factores salariales para el reconocimiento de la pensión.

2.3.2. El caso en concreto:

Como se indicó en el acápite de antecedentes, la parte actora solicita se anulen parcialmente las resoluciones objeto de demanda toda vez que desconocen que el demandante cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en tanto al entrar en regir (abril 1 de 1994), el demandante cumplía la condición de 15 años o más de tiempo de servicios y/o 40 años o más de edad, por lo que debe reconocerse la pensión con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales tal como lo expuso el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial, en donde se definió que las pensiones que se rigen por la Ley 33 de 1985, entre ellas la del actor, deben ser liquidadas con todos los factores salariales, desechando de plano la aplicación taxativa y restringida de la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978

La entidad demandada, por el contrario, manifiesta que la liquidación de la pensión del demandante se liquidó de conformidad con las normas legales vigentes y el precedente jurisprudencial, respetando la edad, el tiempo de servicios, y el monto, siendo este solo el porcentaje del IBL según la ley y tomando el tiempo de liquidación que establece la Ley 100 en el régimen de transición, así como los factores de la misma

Ahora bien, de acuerdo con las pruebas que se allegan al proceso, se encuentra: (i) Que el señor **CARLOS EDUARDO VARGAS RINCON**, laboró en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia desde el 17 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 1966, desde el 13 de febrero al 31 de diciembre de 1967, desde el 1° de enero hasta el 12 de febrero de 1968, desde el 09 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 1970, desde el 1° de marzo de 1971 hasta el 30 de diciembre de 1973 y desde el 13 de enero de 1975 hasta el 28 de diciembre de 2006, acumulando treinta y seis (36) años, cuatro (4) meses y nueve (09) días de servicios (fls. 18 a 47); (ii) Que nació el doce (12) de marzo de 1948, por lo que adquirió su status jurídico de pensionado el día doce (12) de marzo de 2003 (fl. 6 y 89).

Siendo así las cosas ante el primer cuestionamiento referido a **¿Qué régimen pensional le era aplicable a la pensión de vejez del señor CARLOS EDUARDO VARGAS RINCON, teniendo en cuenta su edad y tiempo de servicio, y la expedición de la ley 100 de 1.993?**; Debemos decir que a la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994, el **señor CARLOS EDUARDO VARGAS RINCON** contaba con 23 años, 7 meses y 1 día de servicios y con 46 años y dieciséis días de edad. Es decir,

cumplía con los dos requisitos previstos en el artículo 36⁷ de la ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora, si era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1.993, surge otra pregunta: **¿qué régimen pensional le era aplicable al señor CARLOS EDUARDO VARGAS RINCON, teniendo en cuenta que era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1.993?** De conformidad con lo expuesto en el capítulo de normas aplicables al caso, la pensión para los empleados públicos subsumidos dentro del régimen de transición de la ley 100 de 1993, se debe liquidar -por regla general- de acuerdo con lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985.

Siendo así las cosas pasamos a resolver el último interrogante referido a: **¿es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de la ley 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?** Entonces, teniendo en cuenta, que al presente asunto pensional le **es aplicable** la ley 33 de 1985, tal como se explicó con antelación, se tiene en principio, que los factores para la liquidación pensional son los señalados en **el artículo 1º de la Ley 62 de 1985**⁸, que subrogó en ese aspecto el artículo 3º de la Ley 33 *Ibidem*, devengados en el último año de servicios acreditado.

Respecto al tema antes mencionado, el Consejo de Estado ha presentado diversas posiciones en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, al referirse al alcance del artículo 3º de la ley 33 de 1985, y ha planteado tres tesis:

⁷ Ley 100 de 1993. Artículo 36, inciso 2º: "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.

⁸ Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación 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. / Parágrafo único. La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.

1. Al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador⁹;
2. Sólo debían incluirse aquellos factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado los aportes¹⁰ y así se encontrare certificado¹¹;
3. Únicamente podían tenerse en cuenta los factores salariales taxativamente señalados en la Ley 33 de 1985¹² y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar¹³.

Debido a lo anterior, **la Sala Plena de la Sección 2º, mediante Sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010**, llega 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 servicios¹⁴.

⁹ Tesis expuesta en Sentencia de 29 de mayo de 2003, Sección Segunda, Subsección A, C. P. Dr. Alberto Arango Mantilla. Radicación No 25000-23-25-000-2000-2990-01 (4471-02), Actor: Jaime Flores.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda - Subsección "A", doce (12) de agosto de dos mil nueve (2009), Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.: "...Nótese que las disposiciones legales anteriores son lo suficientemente claras al establecer de manera **enunciativa y no taxativa** los factores a incluirse en la base de liquidación de la pensión de jubilación pues, si bien se relacionan allí algunos de sus componentes, éstos no se traducen en un conjunto cerrado sino que, por el contrario, **tales normas admiten la inserción de otros factores no relacionados en esa enumeración, siempre que sobre los mismos se hayan efectuado los correspondientes descuentos de ley para el reconocimiento de la pensión**, es decir, que dejan abierta la posibilidad de reconocer otros factores diferentes de los consagrados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 - **se insiste-cuando se ha cotizado sobre éstos...**" (negrilla fuera de texto)

¹¹ Tesis expuesta en Sentencia de 16 de febrero de 2006, Sección Segunda, Subsección B. C. P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicación No: 25000-23-25-000-2001-01579-01 (1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve). "...En conclusión, el régimen jurídico aplicable resulta ser el dispuesto por la Ley 33 de 1985, en especial el artículo 3º, el cual fue modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad y, por ende, **no es posible aplicar otros beneficios** otorgados al trabajador legal o extralegalmente. **Admitir que todos los factores salariales pueden constituir la base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse...**" (el subrayado es del despacho).

¹³ Tesis expuesta en Sentencia de 6 de agosto de 2008, Sección Segunda, Subsección B. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación No 25000-23-25-000-2002-12846-01 (0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Cuatro (4) de agosto de 2010. Radicación No 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), Actor: Luis Mario Velandía.

Así las cosas, siguiendo las directrices trazadas en la jurisprudencia antes mencionada, para liquidar la pensión **se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé incluyendo la **prima de vacaciones y prima de navidad**; las cuales a pesar de tener la naturaleza de prestación social, el legislador le dio la connotación de factor salarial para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978¹⁵.

Así las cosas, frente al interrogante: **¿Es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de la ley 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?**, tendremos que responder que sí es posible, y en consecuencia la parte demandante tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación¹⁶.

De conformidad con la certificación que obra **a folios 18 y 47 del expediente**, y teniendo en cuenta que **el señor CARLOS EDUARDO VARGAS RINCON**, trabajó hasta el día veintiocho (28) de diciembre de 2006, es claro que en el último año de servicios percibió además de la asignación básica, los siguientes factores salariales: Prima de antigüedad, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, Horas Extras, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, vacaciones, bonificación por recreación y prima de navidad.

En conclusión tenemos que:

FACTORES SALARIALES

¹⁵ Ver concepto No 1393 de 18 de julio de 2002, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. C. P. Dr. Flavio Rodríguez Arce.

¹⁶ Así lo ha considerado también el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, MP Doctora CLARA ELISA CIFUENTES DRTIZ, sentencia de 11 de mayo de 2011, expediente: 150013133008-2007-00157-01

Reconocidos por el demandado		Solicitados por el demandante (fls. 3-4) (Devengados durante el último año de prestación de servicios)	Certificados de Factores salariales del último año de prestación de servicios (fls. 18-47)
Resolución No.	Factores (Devengados durante los últimos 10 años de servicios prestados)		
Resoluciones N° 5355 del 01 de marzo de 2004, mediante la cual se reconoce pensión de vejez al accionante, y N° 44519 del 25 de septiembre de 2007, por la cual se reliquida la pensión de vejez del accionante. (fls. 5-15)	<ul style="list-style-type: none"> - Asignación básica - Bonificación por servicios prestados - Prima de Antigüedad - Horas extras 	<ul style="list-style-type: none"> - Salario Básico. - Horas extras. - vacaciones. - Prima de Antigüedad. - subsidio de transporte. - Subsidio de transporte - Bonificación por recreación. - Prima de Vacaciones. - Prima de Servicios - Prima de Navidad. 	<ul style="list-style-type: none"> - Asignación Básica - Prima de antigüedad - Auxilio de transporte - Subsidio de alimentación - Horas Extras - Prima de vacaciones - Bonificación por servicios prestados - Prima de servicios -Vacaciones - Bonificación por recreación - Prima de navidad

Así, para efectos de reliquidar la prestación correspondiente al señor **CARLOS EDUARDO VARGAS RINCON**, la entidad demandada observará que por asignación mensual debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual, sino todo lo que la demandante percibió por concepto de salario, es decir, lo que devengaba de manera habitual o periódica como retribución del servicio¹⁷.

No sobra destacar que, en un pronunciamiento más reciente sobre el tema, el Consejo de Estado¹⁸ en sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013), señaló:

“(...) Concluye la Sala que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, la actora no contaba con más de 15 años de servicio oficial y por ello, su régimen pensional es el estipulado en la Ley 33 de 1985, tal como lo estimó el Tribunal en la sentencia apelada. Ahora bien, en relación con la liquidación de la referida prestación pensional estima la Sala que la señora Luz Nidia Olarte Mateus tenía derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, a partir del momento en que

¹⁷ El Honorable Consejo de Estado en pronunciamiento del 5 de septiembre de 2002, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Radicación número: 17001-23-31-000-1997-7051-01-(1977-01), sobre situación similar, manifestó: “(...) De otra parte, en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión, la Sala en asunto de naturaleza jurídica similar al que ahora conoce, sentencia del 28 de octubre de 1993, Expediente 5244, C.P. Doctora Dolly Pedraza de Arenas y a la cual se remite la Corporación, precisó sobre el particular que por asignación mensual debe entenderse no solo la remuneración básica mensual, sino todo lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, vale decir, todo lo que devengue como retribución de sus servicios, por las razones que allí se plantean. (...)”

¹⁸ Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda - subsección “b”. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

adquirió su estatus pensional, esto es, el 27 de enero de 2004, fecha en la que cumplió 55 años de edad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio". Para efectos de liquidar la prestación anterior, el Tribunal dio aplicación a la tesis mayoritaria de la Sala, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010, Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila según la cual, **se debían tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicio, entre ellos, las primas de alimentación, especial, de vacaciones y navidad, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse (...)**"

En este mismo sentido, debe manifestarse que la Jurisprudencia tanto del H. Consejo de Estado como del H. Tribunal Administrativo de Boyacá, ha expuesto **que la Indemnización de las vacaciones¹⁹ y la Bonificación por recreación²⁰, No pueden**

¹⁹ Sobre el particular el H. Consejo de Estado en Sentencia de fecha Bogotá D.C., siete (07) de febrero de dos mil trece (2013), radicado EF.: EXPEDIENTE No. 250002325000200900324,01 NÚMERO INTERNO: 2231-2012, con ponencia del DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA expuso:

"(...)Ahora bien, frente a la inclusión de la indemnización de vacaciones como factor salarial susceptible de incluir en la base salarial para liquidar la pensión de jubilación, esta Corporación, a través de sentencia de 4 de agosto de 2010, expresó: (...)No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, 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.** Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional (...)

En tal sentido y en asuntos de similar naturaleza, esta Sección ha conservado el mismo criterio, tal como se evidencia de la lectura de la Sentencia 1677-2011, en la que la indemnización de vacaciones no se incluyó en base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Adicionalmente, en igual sentido, se profirió la Sentencia 0960-2011, que señala:

"Es preciso indicar, como lo señaló el Tribunal acogiendo la jurisprudencia de esta Corporación que no es posible incluir la indemnización de vacaciones, toda vez que estas no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, se ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación (...)"

Por lo anterior, se evidencia que la indemnización de vacaciones no constituye salario ni prestación, sino que corresponde a un descanso remunerado, no susceptible de ser incluido como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación; por tanto, no le asiste razón a la parte actora en cuanto a la inclusión de ese concepto en su base salarial. (...)" (Subrayas y Negritillas Fuera de Texto)

El anterior criterio fue acogido plenamente por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia oral de fecha 20 de mayo de 2013, dentro del proceso radicado bajo el número 15001-23-33-002-2012-00005-00, con ponencia del Dr. Luis Ernesto Arciniegas Triana, veamos:

"En relación con el factor denominado sueldo por vacaciones, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 4 de agosto de 2010, concluyó: "No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, 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"" (Subrayas y Negritillas Fuera de Texto)

²⁰ Al respecto el H. Consejo de Estado en sentencia del tres (3) de febrero de 2011, Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Radicación número: 250002325000200701044 01(0670-2010), manifestó:

"El Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, en su artículo 1º estableció que su ámbito de aplicación se extendía a los siguientes servidores públicos:

"Campo de aplicación. El presente decreto fija las escalas de remuneración de los empleos, que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden nacional y de las Direcciones Generales de Bienestar Social y de Sanidad de la Policía Nacional."

ser tomadas en la base liquidataria de la respectiva pensión, criterio anterior que acoge plenamente esta instancia.

Finalmente, es preciso aclarar que la entidad accionada debe hacer el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Así lo señaló el Consejo de Estado al indicar que *"la omisión por parte de la administración en este sentido 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 pensional"*.

De conformidad con lo antes expuesto, se impone la nulidad parcial de las Resoluciones N° 5355 del primero (1º) de marzo de 2004 y N° 44519 del veinticinco (25) de septiembre de 2007, en tanto que dejaron de incluir factores en la base de liquidación y tuvieron en cuenta lo devengado en los últimos 10 años de prestación de servicios.

Como restablecimiento del derecho, **el señor CARLOS EDUARDO VARGAS RINCON** tiene derecho a que se reliquide su pensión de vejez de conformidad con lo antes expuesto y analizado.

2.3.3. Indexación de la primera mesada pensional:

Por su parte, el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos:

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

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

*Entonces, el ordenamiento jurídico 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"**.*

Según lo expuesto en la sentencia de unificación de la H. Corte Constitucional SU-1073 de 2012²¹, jurisprudencialmente se ha entendido que la indexación es un mecanismo para garantizar la actualización del salario base para liquidación de la primera mesada pensional, cuando ha mediado un tiempo sustancial entre el momento en que el trabajador se retira de su empresa y el reconocimiento de la pensión. Dicha garantía tiene fundamento en el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de la pensión y reside fundamentalmente en los artículos 48 y 53 de la Carta.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional ha manifestado:

*“La Corte ha venido señalando que, de acuerdo con el mandato establecido en los artículos 48 y 53 constitucionales, con la indexación de la primera mesada pensional se busca evitar el deterioro o la pérdida del valor adquisitivo de las pensiones ante fenómenos económicos como la inflación cuando el trabajador, aun con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema pensional de la Ley 100 de 1993, e indistintamente del régimen pensional al que pertenecía, **cumplía con el requisito de tiempo de servicios para acceder a la pensión de vejez y, con posterioridad, alcanzaba la edad requerida para consolidar tal derecho.** (...)*

***Ello no era problemático cuando la fecha de retiro era idéntica o muy próxima a la del reconocimiento.** Pero sucedía que al retiro del trabajador se generaba años después del reconocimiento de la pensión de jubilación y los encargados de hacerlo liquidaban la primera mesada utilizando como base el último salario nominal devengado por el trabajador años atrás. Esto implicaba su pérdida del valor adquisitivo y en ocasiones que fuera inferior a la cuantía del salario mínimo legal mensual vigente al momento de cumplimiento del requisito de edad.²²”*

En tal sentido, en el caso en concreto encontramos que no hay lugar a ordenar la indexación de la primera mesada pensional dado que de la Resolución N° 44519 del 25 de septiembre de 2007 (fls. 10-15) se observa que la efectividad de la pensión coincide con la fecha de retiro del servicio del accionante, es decir no transcurrió tiempo alguno entre el momento en que el accionante se retiró del servicio y la efectividad del reconocimiento de la pensión, pues fue precisamente el retiro del servicio la condición que expreso la entidad accionada en la Resolución N° 5355 del 01 de marzo de 2004 (fls. 5-9) para el disfrute de la pensión.

2.3.4. Prescripción de mesadas:

²¹ Corte Constitucional. Sentencia SU1073/12. Referencia: expedientes T-2.707.711 y AC. Acción de Tutela instaurada por Pablo Enrique Murcia Gómez, Gladys Hau Cheng y Jorge Eliécer Quecán Moreno contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y otros. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Bogotá D. C., doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012).

²² Sentencia T-953/13

Frente a la prescripción de las mesadas pensionales, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 determina que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres (3) años atrás de la solicitud relevante, en consecuencia las mesadas ocasionadas con anterioridad al seis (06) de mayo de 2010²³ quedan prescritas. Lo anterior dado que la parte actora radicó la presente demanda solicitando la reliquidación de su pensión el día seis (06) de mayo de dos mil trece (2013) (fls. 1 y 4), situación que se tendrá en cuenta para contabilizar el fenómeno de la prescripción atendiendo a que la petición en lo que antes se denominaba vía gubernativa- *hoy procedimiento administrativo*- se formuló y radicó por la parte demandante ante la entidad accionada el día 29 de marzo de 2007 (Fl. 10), fecha que sobrepasa el término de prescripción trienal.

2.3.5. Las diferencias a pagar:

De las mesadas pensionales preliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto; a continuación, la administración descontará el valor de los aportes que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago.

2.3.6. El ajuste al valor:

La suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, en los términos del Artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

²³ Al respecto manifestó la H. Corte Constitucional en Sentencia C-198 del 07 de abril de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero: "... dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho"

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

2.3.7. Los intereses:

Por último, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 del CPACA.

2.4. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante, en el presente caso el Despacho se abstiene de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P. y los reiterados pronunciamientos expuestos por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A :

Primero.- Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones N° 5355 del primero (1°) de marzo de 2004 y N° 44519 del veinticinco (25) de septiembre de 2007, expedidas por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y**

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Declarar prescritas las mesadas causados con anterioridad al día seis (06) de mayo de 2010, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-** reliquidará la pensión de vejez del señor **CARLOS EDUARDO VARGAS RINCON** conforme a las bases expuestas en la parte considerativa de esta providencia, para lo cual se tendrá en cuenta, no sólo la remuneración básica mensual, la bonificación por servicios prestados, la prima de antigüedad y las horas extras sino también: el auxilio de transporte, el subsidio de alimentación, la prima de vacaciones, la prima de servicios y prima de navidad percibidos en el último año de servicios, y pagará las diferencias en las mesadas pensionales causadas.

El periodo que debe tenerse en cuenta para efectuar la reliquidación pensional es el último año de prestación de servicio, el cuál según consta en el expediente es el comprendido entre el 29 de diciembre de 2005 al 28 de diciembre de 2006.

Cuarto.- Del valor total liquidado a favor del demandante, la entidad descontará las sumas canceladas por concepto de pensión de vejez. En caso de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-** deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes.

Quinto.- Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad debe aplicar el reajuste de valores contemplado en el artículo 187 del CPACA a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante por concepto de mesada pensional con inclusión de los ajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mesada, y así sucesivamente.

Sexto.- Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Octavo.- Abstenerse de condenar en costas de conformidad con el numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

Noveno.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Las partes quedan notificadas en estrados de conformidad con el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

Parte demandada: Interpone recurso de apelación el cual sustentara en los términos que establece la Ley 1437 de 2011.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, siendo las 11: a.m., se firma por quienes intervinieron en ella.



MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO

Juez



RAÚL HERIBERTO BLANCO HERNÁNDEZ

Representante del Ministerio Público



WILFREDO RAMIREZ CASTIBLANCO

Apoderado de la parte actora



MARIA ALEJANDRA DUENAS RUIZ

Apoderada de la entidad accionada



ADRIANA CASTELBLANCO DÍAZ

Secretaria AD-HOC