

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013)

MAGISTRADA PONENTE: NOEMI CARREÑO CORPUS

Expediente No.88-001-33-31-001-2011-00087-01
Proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Apelación
Demandante: Conrado Jessie Steele
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia del 30 de octubre del 2012, proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones formuladas por la apoderada judicial de la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 52712 del 27 de octubre de 2008, mediante la cual negó la reliquidación de la pensión vejez, al señor JESSIE STEELE CONRADO, conforme las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: ORDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN- que proceda a reliquidar la pensión de vejez del demandante, incluyendo además de los factores aplicados en la Resolución No. 09727 del 18 de abril de 2002, los factores devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, tales como: subsidio de alimentación, prima semestral, prima de navidad y la prima vacacional

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquidense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Pasados dos (2) años sin que el actor los haya reclamado, la secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, se dará cumplimiento a lo ordenado en los artículos 176 y 177 del C.C.A., y se procederá al archivo del expediente. Expídanse las copias con observancia del artículo 115 del CPC.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

SEPTIMO: Reconózcase personería jurídica al doctor Ricardo Cubillos Ávila, identificado con C.C. No. 81.740.918 de Fusagasugá – Cundinamarca y con T.P. No. 187.003 del C.S. de la J., como apoderado judicial de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL E.I.C.E. en Liquidación – en los términos y para los efectos señalados en el memorial poder visible a folios 427 del expediente”.

1. LA DEMANDA

El señor Conrado Jessie Steele, actuando a través de apoderado judicial, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL en Liquidación, con las siguientes pretensiones:

- 1) “Que es nula la Resolución No. 52712 de Octubre 27 de 2008, por medio de la cual la demandada resuelve negar la petición del demandante para que se reliquidara su pensión de jubilación y se le incluyera en dicha liquidación la asignación básica, hora extras y recargo nocturno, subsidio de alimentación, prima semestral, prima de navidad y la prima vacacional, factores salariales estos percibidos por el demandante durante el último año de servicio y a los cuales tiene derecho por estar cobijado por un régimen de excepción de pensiones de jubilación por haber laborado al servicio del Antiguo Ministerio de Transporte hoy INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS “INVIAS”.
- 2) Como consecuencia de dicha nulidad, se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social EICE en Liquidación- UNIDAD DE GESTIÓN MISIONAL “UGM”, dictar un nuevo Acto Administrativo por medio del cual se ordene la revisión de la liquidación de la Pensión de Jubilación de CONRADO JESSIE STEELE a partir de Diciembre 17 de 1996, con el fin de que se le incluyan en su liquidación la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios comprendido entre el 01 de julio de 1993 y el 30 de junio de 1994, como son: la asignación básica, horas extras y recargo nocturno, subsidio de alimentación, prima semestral, prima de navidad y la prima vacacional y al resultado de dicha suma aplicarle el I.P.C. para los años de 1995 y 1996, año en el cual adquirió el derecho a la pensión de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto mi mandante laboró hasta el año de 1994 y el derecho a la pensión lo adquirió a partir del 17 de diciembre del año 1996, por estar amparado por los regímenes de excepción que contempla la Ley 33 de 1985 y el régimen de transición establecido por la Ley 100 de 1993.
- 3) Que la demandada se obligue a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el Artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, e igualmente reconozca los intereses que trata el artículo 177 y 178 ibídem.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

- 4) Como tales diferencias pensionales no han sido pagadas oportunamente por la entidad demandada, solicito se condene a ésta al pago de la indexación o corrección monetaria por haber transcurrido un tiempo a través del cual el valor que debería haberse cancelado, no tiene al momento de su pago el valor intrínseco que tenía cuando debió ser solucionada dicha obligación.
- 5) Que se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios a que haya lugar.
- 6) Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada teniendo en cuenta que la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia No. C- 539 de 1999 declaró inexecutable el inciso 2º, numeral 1º del artículo 392 del C.P.C., dando lugar a que las Entidades Estatales puedan ser condenadas en costas con base en el principio del derecho de igualdad.”

2. ANTECEDENTES

1. El señor Conrado Jessie Steele, prestó sus servicios al antiguo Ministerio de Transporte, posteriormente Ministerio de Obras Públicas y Transporte, actualmente Instituto Nacional de Vías “INVIAS” desde el 01 de marzo de 1965 hasta el 30 de junio de 1994.
2. Afirma que, mediante Resolución No. 09727 de mayo 14 de 2002, la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció al accionante la pensión de jubilación, a partir de diciembre 17 de 1996, sin aplicarle el I.P.C. para los años de 1995 y 1996 a que tiene derecho de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no se le tuvo en cuenta para su liquidación la asignación básica, horas extras y recargo nocturno, subsidio de alimentación, prima semestral, prima de navidad y la prima vacacional, percibidas por el demandante durante el último año de servicios comprendido entre el 01 de julio de 1993 y el 30 de junio de 1994, factores salariales estos a los cuales tiene derecho por estar amparado por un régimen de excepción que contempla la Ley 33 de 1985 y el régimen de transición establecido por la Ley 100 de 1993.
3. Manifiesta, el demandante que mediante apoderado el día 17 de agosto de 2007, solicitó a CAJANAL EICE en Liquidación la revisión de la pensión de jubilación, con el fin de que se le incluyera en la liquidación la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, solicitud que fue resuelta por la demandada negándole su petición mediante Resolución No. 52712 de octubre 27 de 2008, manifestando su negativa.

4. Por último, basa su petición en fallos reiterativos de los distintos Juzgados y Tribunales Administrativos del país y la sentencia reciente del Honorable Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010 – Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila – Expediente No. 25000232500020060750901 – Actor Luis Mario Velandia y que es Sentencia de Unificación y por lo tanto de obligatorio cumplimiento.

3. NORMAS VIOLADAS

El apoderado judicial del demandante manifiesta que el acto demandado, infringe las siguientes disposiciones legales:

- El artículo 2 de la Ley 7 de 1961
- El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978
- El artículo 1º, inciso 2º de la Ley 33 de 1985
- El artículo 36, inciso 2º de la Ley 100 de 1993.
- El artículo 53 y demás normas concordantes de la Carta Política que trata sobre la igualdad de oportunidades para los trabajadores, aplicación de las normas favorables al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, garantía a la Seguridad Social, al pago y reajuste periódico de las pensiones.
- El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo el cual dispone que el salario lo constituye no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que percibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma de denominación que se adopte.

Indica que la demandada no puede dejar de reconocerle los factores reclamados, manifestando para dicha negativa que no se le hicieron los descuentos sobre los factores salariales reclamados (cita Sentencia del 20 de marzo de 1992 del Consejo de Estado. Exp. Rad. No. 433).

Considera que, la violación de las normas en cita por parte de la Entidad demandada, consistió en no haberle tomado en cuenta para liquidarle la pensión de jubilación, la totalidad de las sumas devengadas durante el último año de servicio.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La presente demanda fue presentada el día 10 de octubre de 2011, ante la Oficina de Coordinación Judicial, mediante auto de fecha 19 de octubre de 2011, el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, dispuso admitir la acción. (Folios 15 a 25 del cdno.ppal).

La Entidad demandada, presentó contestación de la demanda, el 12 de diciembre de 2011. (Folio 50 a 63 cdno.ppal)

Mediante auto del 14 de febrero de 2012, se abrió a pruebas el proceso. (Folio 392 a 393 del cdno. ppal.).

En auto de fecha 21 de febrero de 2012, se cierra el periodo probatorio y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (Folio 395 del cdno.ppal.)

La parte demandada presentó su escrito de alegatos el día 12 de marzo de 2012 (fls. 396-409 cuad. ppal.)

La señora Agente del Ministerio Público, rindió concepto el 16 de abril de 2012 (fls. 424 a 426 cdno ppal).

Mediante Auto de fecha 06 de junio de 2012, se reconoció personería para actuar dentro del proceso al Dr. Ricardo Cubillos Ávila, como apoderado judicial de la entidad demandada. (fl.. 428 cdno ppal).

Mediante sentencia de fecha 30 de octubre de 2012, el Juez de instancia, declaró las pretensiones del demandante (fls. 430-446 del cdno. Apel.)

El apoderado judicial de la parte demandada, interpuso recurso de apelación en contra del mencionado fallo (fls. 448 a 462)

El 12 de marzo de 2013, se declaró fallida la Audiencia de Conciliación (fl. 501 cdno ppal).

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

Mediante auto de fecha 18 de marzo de 2013, se concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Folios 508-509 del cdno. Apel.).

Mediante auto de fecha 11 de abril de 2013, se declaró fundado el impedimento manifestado por el H.M. Dr. Jesús Guillermo Guerrero González (fls. 521-522 cdno apel)

Mediante auto del 30 de abril de 2013, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Folio 524-525 del cdno.Apel.)

Por auto de 21 de mayo de 2013, se ordenó correr traslado a las partes con el fin de presentar sus alegatos. (Folio 527 del cdno Apel.).

La entidad demandada dentro del término legal presentó sus alegatos de conclusión (folio 532-536 cdno.Apel)

5. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en sentencia del 30 de octubre de 2012¹, declaró las pretensiones del demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Expone el *a quo*, como problema jurídico a resolver: Determinar si los factores salariales denominados horas extras y recargo nocturno, subsidio de alimentación, prima semestral, prima de navidad, prima de vacaciones devengados por el actor, según se vislumbra en la certificación visibles a folio 114 del expediente, debieron ser incluidos al momento de liquidar la pensión de vejez del señor Conrado Jessie Steele.

Luego de realizar un análisis normativo y examinadas las pruebas, encontró el Despacho que el señor Conrado Jessie Steele, se encuentra cobijado en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por cuanto para la fecha de entrada en vigencia de dicho sistema pensional – 1º de abril de 1994, éste contaba con más de 40 años de edad, con más de 20 años de servicio, lo que lo habilita para que se le aplique al actor el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, se le

¹Ver folios 430 a 446 del Cuaderno de Apelación.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

liquide su derecho pensional del 75% del promedio de lo devengado sobre el salario del último año.

Señala que, desde el 1 de marzo de 1965 hasta el 30 de junio de 1994, el demandante laboró ininterrumpidamente durante 10560 días, es decir, que tal como lo dispuso la Resolución 09727 del 18 de abril de 2002, su ingreso base para liquidar su pensión de vejez, se debía promediar lo devengado el último año de servicio, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Considera, que para el acceso por parte del demandante a su derecho pensional, se le debe dar aplicación al régimen anterior en cuanto a los requisitos de tiempo y edad salvo lo dispuesto para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, y quienes a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 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 le reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

Argumenta, que la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, al efectuarle la liquidación de la pensión de jubilación al señor Conrado Jessie Steele, a través de la Resolución No. 09727 del 18 de abril de 2002, toma como factores salariales para obtener el ingreso base, únicamente la asignación básica y las horas extras prestados por el accionante, sin tener en cuenta, lo expresado por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado los factores salariales contenidos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994. Así entonces, los factores que deben tenerse en cuenta para el cálculo base de liquidación de dicha prestación, son los contenidos expresamente en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994.

En consecuencia, el A-quo despachó favorablemente las súplicas de la demanda, y declaró la nulidad del acto acusado, disponiendo que la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación, proceda a relíquidar la pensión de vejez del actor, incluyendo además de los factores aplicados en la Resolución No. 09727 del 18 de abril de 2002, que reconoció la pensión de vejez al actor, los

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

factores solicitados en la demanda, devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, es decir, durante el lapso comprendido entre el 1 de julio de 1993 al 30 de julio de 1994, como son: subsidio de alimentación, prima semestral, prima de navidad y la prima vacacional.

6. EL RECURSO

El apoderado de CAJANAL EICE en Liquidación, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos en síntesis:

Considera, que la decisión atacada constituye un detrimento injustificado al erario público de la Nación, como quiera que se ordena reliquidar la pensión de vejez al Demandante, con la totalidad de los factores salariales.

Asevera que una vez corroborado el contenido de los actos administrativos, se concluye que los mismos fueron expedidos conforme a derecho, toda vez que los factores salariales de: subsidio de alimentación, recargo nocturno, prima semestral, prima de navidad, prima de vacaciones invocados en la demanda, no están relacionados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994. Respecto de las horas extras se debe precisar que las mismas sí fueron tenidas en cuenta e incluidas en debida forma en la liquidación inicial efectuada en la resolución 9727 del 14 de mayo de 2002, por la cual se le reconoció la pensión vitalicia de vejez.

Precisa que, CAJANAL EICE en Liquidación no ostenta la obligación de reliquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al demandante, por cuanto por mandato expreso de la Ley 100 de 1993, las leyes 33 y 62 de 1985, la misma se reconoció con base en todos los factores salariales que el actor demostró al momento de la solicitud que devengaba para la época tenida en cuenta (en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 1993 y el 30 de junio de 1994), y que constituyen salario.

Sostiene, que no es posible que CAJANAL EICE en Liquidación, de manera irresponsable realice reliquidaciones reconociendo dineros que se encuentra por fuera de lo válidamente cotizado por el demandante afectando el patrimonio del sistema general en pensiones.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

Finalmente, solicita se revoque el fallo de primera instancia, despachando desfavorablemente todos y cada uno de los argumentos esgrimidos en contra de CAJANAL EICE en Liquidación, y en consecuencia absolver de la condena impuesta.

7. CONSIDERACIONES

Sea lo primero manifestar que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto

7.1 Competencia.

El Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, es competente para conocer en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago, en virtud de lo establecido en el numeral 1º del Art. 133 del C.C.A.

Por lo cual procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 30 de octubre de 2012, mediante la cual el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, accedió a las pretensiones de la demanda.

7.2 Problema Jurídico.

Considera esta Corporación como problema jurídico, determinar si en el caso en concreto, el actor le asiste derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

El apoderado de la entidad demandada en la sustentación del recurso manifiesta básicamente su inconformidad con el fallo impugnado, respecto de la procedencia de la reliquidación de la pensión de la actora, por considerar que los factores solicitados por la actora no constituye factor salarial conforme al certificado expedido por el Ministerio de Transporte –INVIAS, puesto que no fueron objeto de aporte a la seguridad social.

En este sentido, la Sala hará alusión respecto a la procedencia de la reliquidación pensional del actor, sin realizar pronunciamiento por estar demostrado y aceptado por las partes que el actor es beneficiario del régimen de transición de la ley 100

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

de 1993, por lo cual la norma aplicable para adquirir su derecho pensional en cuanto a los requisitos de edad, tiempo de servicios cotizados y monto de la prestación es la Ley 33 de 1985², haber desempeñado como último cargo el de chofer grado V del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, no obstante se realizará hace necesario precisar el alcance del régimen de transición en materia pensional.

7.3 De lo probado en el proceso.

Observa la Sala a folios 2 al 5 del cuaderno principal, copia auténtica de la Resolución No. 09727 del 14 de mayo de 2002, por medio de la cual se le reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez.

Igualmente se observa copia auténtica de la Resolución. No. 452712 del 27 de octubre de 2008, por medio del cual se le niega al actor una solicitud de reliquidación pensión mensual vitalicia de vejez.

Certificación de sueldo devengado y tiempo de servicio del periodo comprendido entre 01 de julio de 1993 y 30 de junio de 1994, expedido por el Ministerio de Transporte- Instituto Nacional de Vías. Folio 114 del cuaderno principal.

7.4 Marco Normativo

Sobre el régimen de transición la ley 100 de 1993 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

“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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior,

² Conforme a la Resolución No. 09727 del 14 de mayo de 2002, proferida por el Subdirector General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social- folios 2 al 5 del cuaderno principal.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE...”.

Recuérdese que el régimen de transición es un beneficio concedido por la ley, consistente en la aplicación de las disposiciones legales anteriores, para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando se cumplan los requisitos que la norma de transición consagra.

Sobre el alcance de éste en materia pensional, es necesario precisar: ser beneficiario del régimen de transición conlleva la aplicación a su favor de manera integral en todo lo relativo al reconocimiento de la pensión de las normas contenidas en el régimen anterior al cual pertenecía en atención al principio de la inescindibilidad de la ley, en el cual la aplicación de la normatividad legal anterior debe ser integral y no de manera parcial o fraccionada, la cual incluye los aspectos de edad, tiempo y monto de la pensión comprendiendo éste último la base de liquidación y el porcentaje.

Respecto a este principio el H. Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

“...Ahora, si bien alega el recurrente la aplicación de la Ley 100 de 1993 en cuanto al Ingreso Base de Liquidación y los factores salariales a partir de los cuales debe calcularse el monto pensional, precisa la Sala que de conformidad con el principio de “inescindibilidad de la Ley” tal apreciación resulta equívoca, pues dentro de una sana hermenéutica no es viable desmembrar las normas legales, de manera que a quien resulta beneficiario de un régimen de transición, debe aplicársele en íntegro el régimen que lo cobija y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento. Lo anterior sugiere entonces la revisión de los términos de reconocimiento del derecho pensional, concretamente frente a la norma que define el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de la actora”³

Con anterioridad a la Ley 100 de 1993⁴, la pensión de los servidores públicos estaba regida por la Ley 33 de 1985, cuyo artículo primero consagra:

“ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio

³ Consejo de Estado, Rad. No. 25000-23-25-000-2005-04715-01(2599- 07), Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Dte: Conrado Jessie Steele
 Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
 Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
 Reliquidación de pensión ordinaria

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.”

En cuanto a los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional esta norma establece:

Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. "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 de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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."

Si bien la norma anteriormente citada establece que para liquidar la pensión de los empleados oficiales se tomarán los factores que tuvieron de base para calcular los aportes, y enlista una serie de factores de los cuales se considera son objeto de aporte a la seguridad social, no quiere ello decir en primer lugar, que ese listado sea taxativo y segundo, que si no se descontó por parte de la caja la cotización respectiva de unos factores salariales, no se pueda incluir dicho factor al momento del reconocimiento de la prestación eso sí con el descuento previo.

Respecto a la interpretación de esta norma el Consejo de Estado ha sostenido:

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

(...)

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse. (Subrayas de la Sala)

6.4 Caso concreto.

En este sentido y descendiendo al caso sub lite, considera esta Corporación , que el actor al estar cobijado por el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es sujeto de aplicación de la Ley 33 de 1985 en lo concerniente al reconocimiento de la pensión de jubilación, en cuanto a lo relativo a la edad, tiempo y monto de la pensión; comprendiendo éste último concepto la base de liquidación y el porcentaje del mismo.

Así las cosas, el Tribunal no comparte la postura jurídica de la entidad demandada al pretender dar aplicación al Decreto 1158 de 1994, norma que solo puede ser considerada para quienes se pensionen bajo los postulados de la ley 100 de 1993, por tal razón no es de aplicación en el caso que nos ocupa. No obstante, como se mencionó anteriormente, dicha norma restringe la liquidación de la mesada a los factores que fueron objeto de base para calcular los aportes, empero, a la luz del principio de favorabilidad, no se puede realizar una interpretación restringida de esta norma, por lo cual es válido que se haga la liquidación no sólo en relación con los factores salariales sobre los cuales se efectuó la deducción legal, sino respecto de todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibió el empleado como retribución por sus servicios prestados.

En este sentido se tiene que el actor durante el último año de servicio devengo conforme con el certificado expedido por el Ministerio de Transporte- Instituto Nacional de Invías, visible a folio 114 del plenario, lo correspondiente a su asignación básica, horas extras y recargos nocturnos, prima o subsidio de alimentación, prima semestral, prima de navidad y prima vacacional.

Por su parte la entidad demandada, al momento de reconocer la pensión al actor sólo tomó en cuenta la asignación básica y las horas extras, por haber sido estos factores objeto de cotización para pensión, dejando por fuera los factores salariales de prima o subsidio de alimentación, prima semestral, prima de navidad y prima vacacional.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

En este sentido la Sala comparte la decisión del juez de instancia de acceder a la reliquidación pensional incluyendo todos los factores salariales devengados por el actor durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional⁵, es decir, la inclusión de la prima o subsidio de alimentación, prima semestral, prima de navidad y prima vacacional conforme con el certificado expedido por el Ministerio de Transporte- Instituto Nacional de Invías, visible a folio 114 del plenario, puesto que de conformidad con la jurisprudencia de nuestro Tribunal de cierre lo que se reciba como retribución directa por el servicio son factores salariales, no obstante la respectiva Caja deberá realizar previamente la deducción de los descuentos que por aportes se dejaron de efectuar.

Por otra parte, observa este Tribunal que la solicitud de reliquidación pensional realizada por el actor es de fecha 17 de agosto de 2007, es decir pasados 5 años tres meses y tres días de haber adquirido el status de pensionado, por lo que el pago de las diferencias pensional resultante de los años 2002, 2003 y hasta julio de 2004, se declararán prescritas de conformidad con lo establecido en el decreto 1848 de 1969

En este orden de ideas se impone adicionar la sentencia proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés Isla, en el sentido de ordenar la deducción de los descuentos que por aportes se dejaron de efectuar y declarar la prosperidad de la excepción de prescripción alegada por la demandada de los valores del reajuste de las mesadas de los años 2002, 2003 hasta julio de 2004.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO; ADICIÓNENSE un Inciso al numeral tercero de la sentencia del 30 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, el cual dispondrá:

⁵ 1 de julio de 1993 al 30 de junio de 1994

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Dte: Conrado Jessie Steele
Ddo: Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL en Liquidación
Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00087-01
Reliquidación de pensión ordinaria

“**ORDÉNESE** a Cajanal EICE en Liquidación a realizar 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.

SEGUNDO: DECLÁRENSE probada la excepción de prescripción de los valores del reajuste de las mesadas de los años 2002, 2003 hasta julio de 2004 por efecto de la prescripción trienal, como se señaló en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFÍRMESE en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: No hay lugar a condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOEMÍ CARREÑO CORPUS
Magistrada

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado

(IMPEDIDO)
JESÚS G. GUERRERO GONZÁLES
Magistrado