



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR

Valledupar, veintisiete (27) de octubre de dos mil catorce (2014).

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Demandante: ALFONSO APREZA MENDIVIL
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL "UGPP"
Radicación: 20-001-33-31-001-2013-00184-00.

I. ASUNTO

ALFONSO APREZA MENDIVIL en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP, a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

II. DEMANDA

Pide el actor que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

III. PRETENSIONES

PRIMERO: Que se declare nulas las resoluciones No. 053222 de mayo 17 de 2011, y la Resolución No. UGM054873 de agosto 23 de 2012, notificada en agosto 27 de 2012, mediante la cual confirmó en todas sus partes la anterior resolución.

SEGUNDO: Que se reajuste la pensión mensual vitalicia de jubilación de su mandante, reconocida mediante Resolución No. 57872 de diciembre de 2007, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social EICE, incluyendo todos los factores salariales que constituyen salario, durante el último año, a aquel que le fue tenido en cuenta para liquidar su prestación, como servidor público en el Departamento del Cesar, incluyendo todos los factores salariales y prestaciones sociales, igualmente que la condena sea indexada desde la primera mesada pensional y, sobre la misma se liquiden intereses moratorios a partir de la primera mesada y los ajustes a que haya lugar.

TERCERO: Que se reconozca y cancele las diferencias pensionales que arroje, entre lo que ha venido pagando en virtud de la Resolución No. 57872, expedida por Cajanal EICE, y lo que se determine pagar, mediante sentencia que ponga fin al proceso.

CUARTO: Que se reconozca y cancele, a favor de su mandante, sobre cada una de las diferencias pensionales dejadas de cancelar, el interés moratorio a la tasa máxima vigente desde cuando se hicieron exigibles cada una de ellas, hasta cuando se efectuó el pago de la reliquidación, ordenada mediante sentencia

QUINTO: Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP, al pago de costa, agencias en derecho y demás gastos del proceso.

SEXTO: Que las entidades demandadas darán cumplimiento a la sentencia que ponga fin a proceso, en términos del artículo 176 y 177 del C.C.A (sic).

SEPTIMO: Que la condena respectiva será actualizada en su valor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha de ejecución de la sentencia definitiva.

IV. FUNDAMENTOS FACTICOS.

Los hechos relatados por el demandante se pueden resumir de la siguiente manera:

Que señor ALFONSO APREZA MENDIVIL, fue posesionado como chofer -mecánico, en el Ministerio de Educación Nacional, Territorio Misionales del Departamento del Cesar, en mayo 31 de 1986, en virtud del nombramiento ordenado mediante resolución No. 005. Que mediante Resolución No. 000046 de febrero 18 de 2008, se homologó y niveló salarialmente al señor Alfonso Apreza Mendivil, frente a sus pares de la Secretaria de Educación Departamental estableciéndose como sueldo para el año de 2005 y 2006 las sumas de \$760.000.00 y \$805.000.00 respectivamente.

Que mediante Decreto No. 000652 fue incorporado a la planta de cargos de la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, posesionado en enero de 2009 en el cargo de conductor mecánico Código 480 grado 02. Que el demandante le fue reconocida su pensión mensual vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 57872 de diciembre de 2007, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social EICE, efectiva a partir del 1° de agosto de 2006, que el 13 de diciembre de 2010, solicitó que se le reliquidara su pensión de vejez, siendo resuelta mediante Resolución 053222, negando la reliquidación solicitada, aplicando el 75% sobre el salario promedio de los últimos 10 años, efectiva a partir de noviembre de 2010, con efectos fiscales una vez se retire del servicio, nuevamente incurrió en el mismo error, pues tomó el ingreso de los territorios misionales y no el ingreso homologado y nivelado del Departamento del Cesar.

V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante consideró infringidas las siguientes disposiciones Legales, los artículos

1° de la Ley 4° de 1976, artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 1° de la Ley 4 de 1976, consagra el derecho que tienen las pensiones del sector oficial, a que sean determinadas o reajustadas, conforme lo ordena la Ley, en consecuencia, al negarle la posibilidad de reajustar su pensión, está inmersa en la violación puesta de presente toda vez que el beneficio pensional, es del sector oficial, en virtud a que el beneficiario laboró más de 20 años en el sector público.

Que viola el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, dado que el señor Apreza Mendivil, laboró en el sector público el tiempo necesario para acceder a su pensión de jubilación, por ende, es merecedor que su prestación se liquide en una suma equivalente al setenta y cinco por ciento (75%), del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Contrariamente, la demandada procedió a liquidar la prestación aplicando el 75% sobre el salario promedio de los últimos 10 años, efectiva a partir de noviembre 1ª de 2010, con efectos fiscales una vez se retire del servicio. También es palmario dejar en claro que la demandada reconoce que en mayo de 2006, su poderdante adquirió el status correspondiente, por tanto es a partir de esta fecha que debe reliquidarse la pensión.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP, contestó la presente demanda, aceptando los hechos, en cuanto a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas, por cuanto el acto acusado goza de legalidad, la cual corresponde desvirtuar al demandante, conforme a las normas aplicables al caso y las pruebas aportadas al proceso. Dado que la entidad basada en la interpretación exegética de la Ley aplico los factores salariales que correspondían para la liquidación de la pensión de la parte actora, pues aplica la ley 100 de 1993 artículo 36 inciso 3 que señala la forma de liquidar los pensionados del régimen de transición.

Que en el presente caso, la discrepancia radica en los factores salariales aplicados a la parte actora en la liquidación de la pensión de vejez, así como en la forma de liquidar la pensión, pues solicita que se le aplique el 75% al salario devengado en el último año de servicio, incluyendo todo lo devengado, pues no se le tuvo en cuenta en el reconocimiento de la pensión todo lo devengado en el último año de servicio, pues laboró en el Departamento del Cesar-Secretaria de Educación, donde devengaba dichos factores.

Que respecto de la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, la misma se debe reconocer teniendo en cuenta los aportes realizados por el trabajador, que fueron debidamente acreditados ante CAJANAL, pues dicha norma es el sustento legal para el reconocimiento y liquidación de la pensión.

Que el acto atacado y en el de reconocimiento de la pensión se plantea las normas aplicables al caso de la solicitud de pensión, y conforme a la interpretación de las mismas se tomaron las decisiones del caso. Es así como se tiene en cuenta que la pensión de jubilación de los servidores públicos está regulada en la ley 33 de 1985, en tal sentido en el acto administrativo se le tuvieron en cuenta como factores de salario los certificados con aportes por su empleador, quien es el encargado de dar fe respecto de la vinculación laboral y el salario devengado por el trabajador, así mismo se le aplicó el 75%, pretende el actor se le incluyan como factores salariales los establecidos conforme a la Ley 33 de 1985, relacionados en la Ley 62 del mismo año, aunque sobre ellos no se hubiese realizado los aportes respectivos, lo cual no está acorde con la reglamentación aludida en la resolución de pensión.

Propuso como excepciones las siguientes:

Inexistencia de obligación.- se plantea esa excepción pues el acto acusado goza de presunción de legalidad, que debe actor atacar y demostrar. Pues no existe obligación de la parte demandada de reliquidar la pensión y reconocer mayor valor por esta en consideración a la mesada pensional que recibe, pues la liquidación se efectuó conforme a lo señalado en las normas aplicables, es decir la ley 100 de 1993 el decreto 691 de 1994, el decreto 1158 de 1994 y la ley 33 de 1985.

Prescripción.- que en caso de que el fallador encuentre que el acto acusado no se ajusta a las normas aplicables al caso, y con las pruebas obrantes en el proceso determine que hay lugar a reliquidación de la pensión de vejez en mayor valor, solicita que se declare la prescripción de las mesadas pensionales que superen los tres (3) años, conforme a las normas pertinentes.

VII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 22 de marzo de 2013, a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 15 de abril de 2013 (fl. 40), notificaciones, a las entidades demandadas al Procurador Judicial 185 Administrativo Delegado ante esta agencia judicial y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda. Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, la cual luego de surtirse se fijó fecha para audiencias de pruebas decretándose las pruebas solicitadas y una vez evacuadas las mismas se corrió término para la presentación de los escritos de alegatos a las partes, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de presentados los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la respectiva sentencia.

VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término para alegar en el presente proceso, las partes guardaron silencio.

IX.- CONSIDERACIONES

9.1-Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales. En efecto, esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto. La demanda fue presentada dentro del término legal para ello, de tal manera que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

9.2.-Problema Jurídico.

El Problema Jurídico en el sub-lite, consiste en determinar si en el presente caso procede el reajuste de las mesadas pensionales y su consecuente reliquidación, del señor ALFONSO EMILIO APREZA MENDIVIL de su pensión vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, además de todos los factores salariales, tales como prima de navidad, prima de servicios y de vacaciones, devengados en el último año de servicios? Para resolver el mérito del sub lite, se abordará el régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral, en virtud de la Ley 33 de 1985.

9.3.- Normatividad Aplicable al caso en concreto.

El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral.

El legislador colombiano, bajo el apremio de la regulación del régimen pensional, expidió la Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones”*, previendo, que debido a las problemáticas temporales, que se suscitarían con la vigencia normativa, era menester consagrar un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos, de aquellas personas próximas a adquirir la prestación social, en comento.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

“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...”

Como se observa, dicho artículo, permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la aclaración, que para el sector público, el Sistema General de Pensiones, entró en vigencia el 30 de junio de 1995.

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado¹:

“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión. (Resaltado fuera de texto)”.

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos -

¹ Corte Constitucional Sentencia T- 105 de 2012 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

con la advertencia de ciertas excepciones-, la disposición aplicable es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75%, del ingreso base de liquidación.

El Honorable Consejo de Estado, refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos, ha señalado –cita in extenso–:

“Así pues, es inocultable que el Legislador encuentra un contexto objetivo en el instante de configurar el régimen de seguridad social, que determina la imposibilidad material para introducir cambios que no sean racionales y proporcionados; en esa dimensión, las Leyes que se ocupan de las pensiones y de la seguridad social, pierden capacidad reguladora si desconocen la protección que el mismo ordenamiento ha otorgado a quienes al momento de entrar en vigencia la nueva norma cumplían los requisitos para acceder a dicho régimen, pues sin duda, la transición es fruto del derecho de quienes estatuyeron una situación jurídica de acuerdo a los parámetros de la Ley vigente pero que no obstante por diversas razones (consolidación parcial del estatus, derecho a permanencia en el empleo, pensión de invalidez transitoria, entre otros), no alcanzan al disfrute efectivo del derecho pensional que imponga el retiro de la actividad laboral dentro del marco jurídico estipulado para la jubilación.

Es claro que en esta hipótesis resulta impropio hablar de expectativas, pues la transición es el efecto de la existencia de un derecho cuya oponibilidad encuentra su origen en supuestos de orden normativo y material, y desde luego en la previsión jurídica estipulada por el propio ordenamiento, tanto así que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollan, no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, para mostrar con claridad que incluyendo a las propias reformas constitucionales, el constituyente en su capacidad de reforma ha de preservar situaciones consolidadas.

No cabe ninguna duda para sostener entonces, que todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada.

Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores.

Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición” (...)

“En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación.

(...) En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer².

Lo anterior implica, que los elementos pensionales, aplicables por vía transicional, son el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión.

Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985.

Cuando hay lugar a la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las normas del régimen anterior deben de aplicarse en su integridad en los aspectos que definen la edad, tiempo de servicios, monto y cotizaciones y no se puede recurrir a la aplicación de aspectos regulados en la Ley 100/93 y su decretos reglamentarios 691 de 1994 y 1158 de 1994, si el régimen anterior los tiene regulados.

Lo dispuesto en el artículo 36 en relación con la determinación del monto o base de liquidación de la pensión sólo se aplica de manera subsidiaria, es decir, cuando el régimen de transición al que tiene derecho una persona no establece la forma de determinarlo.

²Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Sentencia del 4 de Agosto de 2010. Expediente 2533-07. C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

La jurisprudencia ha establecido que los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben entenderse de tal manera que el ingreso base para liquidar la pensión del que habla el inciso tercero, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determina por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen anterior no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen anterior aplicable y la excepción no aplica, salvo que el régimen anterior no determine la fórmula para calcular el ingreso base.

Para efectos de la determinación de la base de liquidación de los aportes, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 subrogado por el artículo 1 de la Ley 62/85, señaló que 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.

Ahora, en lo que respecta a los factores que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en la que se concluyó que para establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones, no se debe acudir a la relación taxativa de factores salariales señalados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad, sino a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé. Cita la providencia, así:

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

De igual forma, en el proveído en mención el Consejo de Estado para explicar su posición en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para definir la cuantía de la mesada pensional, se apoya en el principio de favorabilidad de la ley en materia laboral, en el siguiente sentido:

“La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución.

Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional. Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios³.”

Se destaca que, la anterior posición jurisprudencial se viene reiterando desde entonces en sentencias proferidas con posterioridad⁴, en las cuales se da aplicación a las leyes 33 y 62 de 1985, en su integridad; es decir, para efectos de las reliquidaciones ordenadas se han tenido en cuenta todos los factores salariales recibidos por el trabajador en el último año de servicios.

Luego entonces, como la preceptiva contenida en el artículo 1º de en la Ley 62 de 1985, debe entenderse como un principio general; por lo tanto, no puede considerarse de manera taxativa, de allí que, tengan que incluirse todos los factores efectivamente devengados, advirtiendo que conviene realizar los aportes que correspondan, atendiendo en todo caso el concepto de salario determinado por el Decreto 1045 de 1978. Con esa perspectiva, el Consejo de Estado expuso:

“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos

³Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Véase las sentencias de la Sección Segunda, del 3 de febrero de 2011, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, No. Interno 0665-08; del 17 de marzo del 2011, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 1159-10; 14 de diciembre de 2011, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, No. Interno 0306 -2010; del 7 de febrero de 2013, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, No. Interno 1542-2012; del 20 de marzo de 13, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 03412012.

de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.”⁵

De acuerdo con las miramientos anteriores, se tiene que la Ley 33 de 1985, admite que para la liquidación de la mesada de la pensión vitalicia de jubilación del empleado se tengan en cuenta todos los factores salariales devengados por éste durante el último año de servicio, y en caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes sobre todos los factores, se concede a la Caja de Previsión respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional.

9.4 Lo probado en el proceso:

Del material aportado se pueden realizar las siguientes aserciones:

- Que el señor ALFONSO EMILIO APREZA MENDIVIL, nació el día 17 de junio de 1945; por tanto, para la fecha del reconocimiento de la pensión; esto es el año 2007, contaba con más 62 años; y que adquirió el status de jurídico de pensionado el 30 de mayo de 2006 (visible a folio 8).
- Que mediante la Resolución No. 57872 de fecha 17 de diciembre de 2007, CAJANAL reconoció y autorizó el pago de una pensión mensual vitalicia a favor del señor ALFONSO EMILIO APREZA MENDIVIL, en cuantía de \$466.602.08, efectiva a partir del 1º de agosto de 2006. (visible a folios 9 al 13).
- Que el actor solicitó la reliquidación de la pensión por retiro definitivo del servicio, petición que fue resuelta mediante Resolución No. PAP 053222 del 17 de mayo de 2011, a través de la cual CAJANAL reliquidó la pensión de jubilación del señor ALFONSO EMILIO APREZA MENDIVIL. Contra la anterior decisión el actor interpuso recurso de reposición, el que fue negado mediante Resolución No. UGM 054873 del 23 de agosto de 2012. (visible a folios 14 al 21).

⁵ Consejo de Estado, Sección 2ª, sentencia del 16 de febrero de 2012, radicación N°25000-23-25-000-2007- 00001-01(0302-11), CP: Luis Rafael Vergara Quintero.

- El último año de servicios -2010 2011-, el demandante devengó, además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y prima de servicios.(folios 112).

9.5 Caso Concreto:

De acuerdo con el curso del procedimiento administrativo desplegado y, teniendo presente las precisiones legales y jurisprudenciales hechas con anterioridad, el Despacho advierte que el régimen pensional que debe ser aplicado al actor es el contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el régimen de transición, lo que conlleva a aplicar íntegramente la Ley 33 de 1985, puesto que para la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993 - 30 de junio de 1995 para el presente caso- el actor contaba con más de 40 años de edad.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la norma que regulaba el régimen prestacional de todos los empleados oficiales era la Ley 33 de 1985, que distinguió varios regímenes: 1) el de los empleados oficiales que, por razón de la naturaleza de las actividades que desempeñan, tienen carácter excepcional o se someten a regímenes especiales y 2) los regulados especialmente por dicha Ley, que reconoce en su artículo 1º que 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), tiene 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.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, consideró que los factores señalados en la Ley 62/85 que subrogó en lo pertinente a la Ley 33/85 están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos.

Ante este pronunciamiento del máximo tribunal de lo contencioso administrativo y sin encontrar razones para apartarse de lo allí decidido, el Juzgado acoge este criterio de la no taxatividad para resolver el asunto bajo examen.

En razón a lo dicho, para liquidar el monto de la pensión de los servidores públicos, 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 otorgue.

Oportuno resulta decir, que a juicio de éste Juzgado, lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100/93, que expresa que las demás condiciones y requisitos aplicables a esta personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por lo establecido en la Ley 100 de 1993, debe entenderse respecto de aquellos que no han sido regulados específicamente por las normas pensionales anteriores a la Ley 100/93, sin que pueda

decirse ello respecto a los factores para determinar la base pensional a quienes sean pensionados bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, pues, los mismos están regulados por el art. 3 de dicha Ley subrogado por el art. 1 de la Ley 62 del mismo año, con el alcance que le ha dado el máximo Tribunal de lo Contenciosos Administrativo en sus jurisprudencias más recientes y ya citadas anteriormente⁶.

Conclusión. La pensión de jubilación del demandante debe liquidarse conforme a lo dispuesto en la Ley 33/85, porque es empleado público cobijado por el Régimen de transición de señalado en La Ley 100/93 en su artículo 36, inciso segundo, es decir, el régimen de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985 y, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, en el equivalente al 75% de todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicios, tal como se advierte en el formato único para la expedición de certificado de salarios, (visibles a folios 205 al 212) a los cuales debe circunscribirse la entidad demandada para realizar la nueva liquidación.

Considera este Despacho, que las argumentaciones expuestas por la entidad demandada carecen de asidero jurídico, puesto que, como se dijo y reiteradamente lo ha dejado claro el H. Consejo de Estado, la aplicación del régimen de transición debe ser integra, de modo que involucre todos los aspectos relacionados con la prestación pensional, esto es, edad, tiempo de servicio y monto. En tal sentido, las disposiciones normativas contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, relativas al monto de la pensión, no son aplicables al caso del actor.

En ese orden, la unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, debe reliquidar la pensión del demandante, conforme al régimen de transición dispuesto en el Art. 36 de la ley 100 de 1993, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, razón que conduce a la declaratoria de nulidad de los actos enjuiciados, en lo que al tema se refiere.

De otra parte, se advierte la necesidad, que sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión, se realicen los descuentos por concepto de los aportes que no se hubieran efectuado al sistema general de pensiones y de salud.

Así las cosas, los actos demandados, es decir las resoluciones No. 053222 de mayo 17 de 2011, y la Resolución No. UGM054873 de agosto 23 de 2012, deberán ser declaradas nulas, en relación con la negativa a reliquidar la pensión, toda vez que los mismos, no tuvieron en cuenta lo dispuesto por la ley 33 de 1985, en donde la pensión debió ser liquidada en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de

⁶ Ver entre otras las siguientes Sentencias: 1) Consejo de Estado. Enero 27 de 2011, Radicado: 08001-23-31-000-2003-00112-01(0049-07) SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "B". MP BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. 2) Sección Segunda del Consejo de Estado, 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, MP Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

labor y que sirvieron de base para realizar los aportes, desconociéndose el régimen de transición, señalado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, inspirada en la norma más favorable a las condiciones del trabajador.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará la reliquidación de la pensión del actor con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios. En este orden de ideas la entidad deberá pagar las sumas dejadas de cancelar actualizadas de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A., de conformidad la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último párrafo del artículo 187 del C.P.A.C.A.

Respecto a la solicitud de prescripción de las acreencias económicas causadas a favor del demandante, el Despacho debe anotar que pese a que el demandante le fue reconocida su pensión vitalicia de jubilación el 17 de diciembre de 2007, el pago de sus derechos pensionales, solo se hizo efectivo a partir del 18 de mayo de 2012 (fecha en que se le notificó la Resolución No. 912 de marzo de 2012, por medio del cual fue retirado por haber cumplido la edad de retiro forzoso), Así como quiera que las acciones correspondientes a los derechos regulados en materia de derecho laboral administrativo tienen como regla general la prescripción de dichos derechos en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible o se cause, es claro que desde el disfrute de la pensión (18 de mayo de 2012) y la presentación de la demanda (22 de marzo de 2013), solo han transcurrido un poco menos de un (1) año, por lo que en esta decisión no habrá lugar a decretar prescripción de derecho laboral alguno.

Costas.- El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso. En ese sentido se condena en costas a la parte demandada las cuales serán tasadas por secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de prescripción trienal, propuesta por la parte demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta proveído.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 053222 de mayo 17 de 2011, y la Resolución No. UGM054873 de agosto 23 de 2012 en las que se negó la solicitud de reliquidación pensional del actor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", a reajustar la Base de la Liquidación Pensional del señor ALFONSO EMILIO APREZA MENDIVIL, por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%), del salario promedio devengado por el interesado en el año anterior al retiro del servicio, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y acreditados por la parte demandante, con efectos fiscales a partir del 18 de mayo de 2012, fecha en la que el actor inició el disfrute de su pensión mensual vitalicia de jubilación, advirtiéndole a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP, que realice las deducciones correspondientes a que haya lugar de los aportes para la seguridad social de las sumas que aquí se ordenan incluir y sobre las cuales no se hayan deducidos los mismos para efectos pensionales y de salud, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

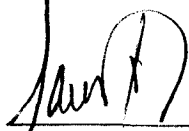
CUARTO: Las sumas que resulten de la condena anterior deberán ser reajustadas desde el momento de causación del derecho pensional y canceladas a cargo de los fondos respectivos, que la actualizarán (indexarán) en la forma que se indica en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: La parte condenada cumplirá esta sentencia dentro de los términos consagrados en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Condenar en COSTAS a la entidad demandada. Para efectos de Agencias en Derecho se fija el 5% del monto de las pretensiones reconocidas.

SEPTIMO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y Cúmplase.



JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ

Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar.