



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015)

Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Expediente N° 70001-33-33-002-2013-00138-00

Demandante: CARMEN MONTERROSA BUSTAMANTE C.C. N° 33.166.252

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL “CAJANAL” EICE EN LIQUIDACION - UGPP

Asunto: Reajuste y reliquidación de pensión de Jubilación

I. ANTECEDENTES.

La señora Carmen Monterrosa Bustamante, identificada con C.C. N° 33.166.252, a través de apoderado judicial en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda contra la Caja Nacional de Previsión Nacional Cajanal EICE en Liquidación - UGPP , para que, con audiencia y citación del representante legal de las entidades demandadas y también del señor Agente del Ministerio Público, se hagan por este Despacho las siguientes declaraciones y condenas, **en primera instancia, las cuales se resumen conforme al Art. 187 de la Ley 1437 de 2011:**

i. Breve descripción de la Demanda

PRETENSIONES	HECHOS: Para dichas pretensiones, se basa en los hechos en síntesis expuestos así:
NULIDAD: Se declare la nulidad absoluta de la Resolución N° 05564 de fecha 09 de febrero de 2009, proferida por el señor gerente liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE – hoy en liquidación, a través de la citada Resolución que le fue negada la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora Carmen Isabel Monterrosa Bustamante, porque no le incluyeron todos los factores salariales devengados en el último año a la fecha que	Que la señora Carmen Monterrosa Bustamante, es pensionada de CAJANAL EICE hoy en liquidación, mediante Resolución N° 16826 de fecha 31 de diciembre de 1999, en cuantía de \$236.460.00, pero con efectos fiscales a partir de 27/04/1997. Que la señora Carmen Monterrosa Bustamante, solicitó reliquidación de su pensión de jubilación ante la entidad

<p>adquirió su estatus de pensionada.</p> <p>Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución N° PAP – 045242 de fecha 24 de Marzo de 2011 y notificada por edicto el día 17 de abril de 2011 y desfijada el día 27 de abril de 2011, proferida por el señor gerente liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE – hoy en liquidación, a través del cual le fue resuelto el recurso de reposición contra la citada Resolución, con lo cual, quedo ejecutoriado el acto administrativo y agotada la vía gubernativa.</p> <p>RESTABLECIMIENTO: que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE hoy en liquidación y/o solidariamente Patrimonio Autónomo Buen futuro y/o UGPP, le reconozca y ordene el pago de la reliquidación de la pensión de jubilación, en cuantía de \$272.764.99), efectiva a partir del día 14 del mes de abril del año 1997, del promedio devengado en el último año que adquirió el status jurídico de pensionado o sea desde el día 27/04/1997.</p> <p>Que se condene liquidar y pagar a expensas de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE hoy en liquidación y/o solidariamente Patrimonio Autónomo Buen futuro y/o UGPP y a favor de mi representado las mesadas atrasadas desde el día 01 de enero del año 1981, hasta que sea</p>	<p>CAJANAL EICE hoy en liquidación, el día 13 de marzo de 2008, bajo el N° 22171/2008, la cual, le fue resuelta negativamente mediante Resolución N° 05564 de fecha 09 de febrero de 2009 y notificada por edicto el día 27/02/2009.</p> <p>Que contra la citada resolución se interpuso recurso de reposición, el cual le fue resuelto por dicha entidad mediante Resolución N° PAP-045242 de fecha 24 de marzo de 2011, y notificada por edicto el día 17/04/2011 y desfijada el día 27/04/2011, proferida por el señor gerente liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social, quedando debidamente ejecutoriada, y agotada la vía gubernativa.</p> <p>Que la administración, al momento de liquidar esta prestación social, debe tener en cuenta todos los factores salariales que la actora devengaba durante los últimos 12 meses a la fecha en que adquirió el status de pensionado, es decir, el día 14/04/1996 al 14/04/1997, y solo se tomó para la liquidación de su mesada pensional la asignación básica – bonificación por servicios prestados, dejándole por fuera los siguientes factores salariales: Prima de Alimentación, Auxilio de Transporte, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de antigüedad.</p>
---	--

incluido en nómina con la cuantía que se determine pagar en la sentencia que ordene el reconocimiento de la reliquidación de la pensión de jubilación.

Condenar a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE hoy en liquidación y/o solidariamente Patrimonio Autónomo Buen futuro y/o UGPP, al pago de las mesadas adicionales correspondiente a los meses de Junio y Diciembre desde la fecha de la adquisición de su status jurídico, es decir, desde el día 27/04/1997.

Condenar a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE hoy en liquidación y/o solidariamente Patrimonio Autónomo Buen futuro, para que sobre las mesadas adeudadas a mi mandante pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precio al consumidor o al por mayor y tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A.

Condenar a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE hoy en liquidación y/o solidariamente Patrimonio Autónomo Buen futuro y/o UGPP a que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en la Ley 1437 de 2011 artículos 190 y 192 del C.P.A.C.A.

Que se condene en costas al demandado, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda de conformidad a la Ley 446 de 1998.

✓

ii. Fundamentos De Derecho Y Concepto De Violación¹

Constitucionales:

- Arts. 1, 6, 7, 12, 25, 26 y 42 de la Constitución Política de Colombia

Legales:

- Ley 1437 de 2011, Art. 64, 138, 155, 156, 162, 163, 165, 166
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Decreto 1045 de 1978
- Ley 4 de 1966
- Decreto 1743 de 1966
- Ley 6ª de 1945
-

Jurisprudenciales

- Sentencia Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo Segunda Subsección "A", Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Concepto de Violación:

Que la pensión de derecho de los empleados públicos, está enmarcada dentro de las normas anteriormente citadas, razón por la cual a la señora Carmen Monterroza Bustamante, le asiste el derecho de ser beneficiario de la reliquidación de la pensión de jubilación.

Que para el caso sub examine, debe aplicarse la normatividad regerente de la Ley 33 de 198, no solo porque el peticionario cumple con el requisito de tiempo de servicio estipulado por la primera de las leyes mencionadas, para encuadrar su caso en este marco jurídico, sino porque además es la más favorable, principio de rango constitucional de obligatoriedad en materia laboral Art. 21

Que la señora Carmen Monterroza Bustamante, cumple con los requisitos para ser beneficiario de la reliquidación de su pensión de jubilación, y esta se encuentra tutelada legalmente en el artículo 58 de la Constitución Nacional que garantiza el reconocimiento total de los derechos adquiridos con justo título y atendiendo la fecha de nacimiento del peticionario, 16 de julio de 1930, y la fecha en que entró en vigencia la ley 33 de 1985 esta contaba con 55 años de edad, lo que permite establecer que se encontraba en el régimen de transición por ello para la reliquidación de su pensión de vejez, se le debe aplicar el régimen vigente a la fecha de su vinculación, como en efecto le fue reconocido pero con la inclusión

¹ Fls. 27-33

de todos los factores salariales que devengaba al momento de adquirir su status de pensionada.

iii. Actuación Procesal

La demanda fue presentada el día 16 de octubre de 2013², siendo admitida el día 25 de noviembre de 2013³, el día 11 de febrero de 2014, la UGPP como demandado es notificado⁴, quien contestó la demanda dentro del término establecido, esto es, el 28 de marzo de 2014⁵, seguidamente el 19 de agosto de 2014 se fijó fecha para audiencia inicial a celebrarse en la fecha⁶, la cual fue reprogramada mediante auto de 30 de septiembre de 2014 a celebrarse el 01 de octubre de la misma anualidad⁷, mediante auto de 22 de octubre de 2014, se fijó fecha para audiencia de pruebas a celebrarse en la fecha.⁸

iii. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada se pronunció en los siguientes términos:

<i>UGPP</i>	<i>MINISTERIO PÚBLICO</i>
Manifiesta el apoderado, que la inconformidad que generó este litigio, es la forma como el demandado liquidó el derecho prestacional reconocido a la demandante, pues como se mencionó previamente la parte accionante considera que por ser beneficiaria del régimen dispuesto en el artículo 36 del sistema General de Seguridad Social la forma de liquidar la pensión debe ser conforme lo señala el artículo 1 y 3 de la ley 33 de 1985, incluyendo todos los factores salariales devengados, sin embargo considera que es desacertada esa petición, porque al analizar el propio artículo 36 encontramos que éste expresamente señalo cuales serían los beneficios de los cuales gozarían quienes reunieran las condiciones	No se pronunció de fondo desenlace

² Fl. 7

³ Fl. 64

⁴ Fl. 41

⁵ Fl. 110-114

⁶ Fl. 138-140

⁷ Fl. 164-170

⁸ Fl. 179-181

L

<p>establecidas.</p> <p>Que la pensión de la actora, se liquidó conforme lo indica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que de manera expresa determino cuales requisitos quedarían comprendidos dentro de sus beneficios, siendo as u vez clara y enfática en ordenar que la liquidación de estas pensiones debe sujetarse a las reglas establecidas en el nuevo texto legal, de suerte que tanto los factores salariales como el tiempo sobre el cual deben liquidarse se hará conforme a las reglas de la entrante Ley.</p> <p>Que en cuanto a los factores salariales que hacen parte del discutido y censurado calculo, queremos manifestar que contrario a lo esgrimido por la parte actora consideramos que debe atenderse únicamente a aquellos factores que se encuentran enlistados de manera taxativa en el Decreto 1158 de 1994, pues es esta la norma complementaria de la Ley 100 que aborda el tópico en discusión, en ella el legislados enlistó los únicos factores sobre los cuales podrían efectuarse aportes a pensión y reclamarse su liquidación cuando a ello hubiere lugar.</p>	
--	--

<u>ALEGATOS DE CONCLUSION</u>	
PARTE DEMANDANTE	PARTE DEMANDADA
<p>Reitera lo expresado en la demanda inicial.</p> <p>Igualmente manifiesta, que la señora Carmen Isabel Monterrosa Bustamante cumple con los requisitos para ser beneficiario de la reliquidación de su pensión de jubilación y</p>	<p>No alego de conclusión</p> <p>MINISTERIO PUBLICO</p> <p>No alego de conclusión</p>

✓

esta se encuentra tutelada legalmente en el artículo 58 de la Constitución Política, que garantiza el reconocimiento total de los derechos adquiridos con justo título y atendiendo la fecha de nacimiento del peticionario 16 de julio de 1930 y la fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, esta contaba con más de 59 años de edad y 15 años de servicio., lo que permite establecer que se encontraba en el régimen de transición, por ellos, para la reliquidación de su pensión de vejez se le debe aplicar el régimen vigente a la fecha de su vinculación-.	
---	--

II. PARTE CONSIDERATIVA
ii.i MENCIÓN Y ANALISIS PROBATORIO AL CASO VENTILADO.

CASO PARTICULAR TEÓRICO

El caso que hoy es motivo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es la procedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, pues según sus argumentos no le fueron incluidos todos los factores salariales para así obtener de manera correcta el Ingreso Base de Cotización y proceder con la liquidación de la misma, encontrándose este en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Para ello, se allegaron al plenario,

LAS SIGUIENTES PRUEBAS , de legal forma y constitucionalizadas bajo el principio de la tutela efectiva de los derechos en litigio, por los argumentos expuestos en el Decreto de Pruebas:
--

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">• Copia de certificado de tiempo de servicio de la señora Carmen Monterrosa Bustamante⁹• Copia de certificado de salario con los factores salariales cancelados a la señora Carmen Monterrosa Bustamante, durante el año 1996¹⁰.• Copia de certificado de salario con los factores salariales cancelados a la señora Carmen Monterrosa Bustamante, durante el año 1997¹¹.• Copia de la Resolución N° 16826 de 1999, a través de la cual, se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez, a la señora Carmen Monterrosa Bustamante.¹².• Copia de la Resolución N° 05564 de 09 de febrero de 2009, a través de la cual, la Caja |
|--|

⁹ Fls. 10 allegada por el demandante.

¹⁰ Fl.11 allegada por el demandante.

¹¹ Fl. 12 allegada por el demandante.

¹² Fl. 17 allegada por el demandante.

✓

Nacional de Previsión Social EICE, niega la reliquidación de pensión a la parte actora, considerando que la Resolución N° 16826 del 31 de diciembre de 1999, se encuentra conforme a derecho¹³.

- Copia del recurso de reposición interpuesto por la parte actora, a través de apoderado judicial, contra la Resolución N° 05564 de fecha 19/02/2009¹⁴
- Resolución N° PAP 045242 de 24 de marzo de 2011, a través de la cual, se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución N° 5564 de 2009, en el cual, se confirmó en todas sus partes la mentada Resolución¹⁵.
- Decreto 0845 y 046 de 2008, a través de los cuales, se reguló la nivelación salarial del área administrativa¹⁶
- Copia de los certificados de salarios, con los factores devengados por la señora Carmen Monterrosa Bustamante durante los años 1998 y 1999¹⁷
- Resolución N° 2680 de 1996, por el cual se otorga la certificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 140 de la Ley 60 de 1993, por parte del Departamento de Sucre¹⁸.

CONCLUSIÓN DE LO PROBADO: Es coherente y unívoco el acervo para afirmarse que, da por probado:

Que la actora nació el 16 de julio de 1930, teniendo 64 años de edad para el 1° de abril de 1994, encontrándose cobijado con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Que la Sra. Carmen Monterrosa Bustamante estuvo vinculado al Departamento de Sucre como auxiliar de servicios generales en el Colegio Departamental Antonio Lenis según la certificación expedida por la Secretaria de Educación de Sucre¹⁹ y que adquirió el status jurídico el día 14 de abril de 1997, conforme a la resolución 016826 del 31 de diciembre de 1999 y se retiró del servicio a partir del 26 de abril de 1999, en dicha Resolución se tomó como base de liquidación la **asignación básica, Bonificación por servicios prestados, y la Prima de antigüedad.**

Que teniendo en cuenta el certificado de salarios, otorgado por la Secretaria de Educación de Sucre, la actora devengaba entre el año 1998 a 1999, los siguientes factores salariales:

FACTORES SALARIALES	DESDE	01/01/1998	DESDE	01/01/1999
	HASTA	30/12/1998	HASTA	30/12/1999
Asignación Básica (sueldo)		\$ 204.755		\$236.438
Prima Antigüedad		\$0		\$0
Prima de Alimentación		\$18.653		\$21.451

¹³ Fl. 20-21 allegada por el demandante.

¹⁴ Fl. 32-35 allegada por el demandante.

¹⁵ Fl. 25-26 allegada por el demandante.

¹⁶ Fl. 218-232

¹⁷ Fl. 233-234

¹⁸ Fl. 235-237

¹⁹ Fl. 10

Auxilio de Transporte	\$20.700	\$24.012
Recargo Nocturno	\$0	\$0
Horas Extras	\$0	\$0
Dominicales y festivos	\$0	\$0
Bonificación por servicios prestados	\$102.378	\$455.191
Bonificación especial de recreación	\$13.650	\$15.763
Prima de servicio	\$126.320	\$0
Prima de Vacaciones	\$131.583	\$159.917
Prima de Navidad	\$274.131	\$0

Que según certificación de salarios expedida por la Secretaria de Educación de Sucre²⁰, la demandante devengaba otros factores salariales no solamente el asignado en la Resolución de pensión.

Del material probatorio referenciado se tiene que el actor al encontrarse cobijado en el Régimen de Transición consagrado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, se da la aplicación de la Ley 33 de 1985, atendiendo la tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado²¹, y ratificadas en recientes jurisprudencias de esa misma Corporación²², consistente en que se deberá incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, teniendo entonces derecho a que se incluyan en su pensión todos los emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sin importar si se encuentran enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular, observando el principio de favorabilidad para la aplicación de éstos, aún más cuando se ha expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, ya que son un principio general que buscan garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades (Art. 53 de la C.P.), entre otros permitiendo incluir factores devengados por los trabajadores durante el último año de prestación de servicios, ante el concepto de salario definido en normas internacionales suscrita por Colombia como los de la OIT, en el que se debe incluir en la B.L.P. (Base de Liquidación Pensional), todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio y cuando la pensión sea compatible con otro ingreso sería al momento de adquirir el status pensional.

Que en el caso particular, el Despacho seguirá la tesis expuesta por el Consejo de Estado, anteriormente reseñada, apartándose del criterio expuesto por la H. Corte Constitucional en SU230/2015 con ponencia del Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual, se aduce que el IBL, no es un aspecto de la transición y que para establecer el monto de la pensión se deben

²⁰ Fl. 233-234

²¹ Sección Segunda. Sentencia del 10 de agosto de 2010 C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y Subsección A, Sentencia del 17 de agosto de 2011 C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 16 de febrero de 2012. C.P. Dr. William Zambrano Cetina y Sección Segunda C.P. Dr. Víctor Alvarado Ardila.

tener en cuenta las reglas contenidas en el régimen general; por considerar que la misma posee una aplicación desfavorable para el trabajador.

Analizando el pronunciamiento de constitucionalidad emitido por la H. Corte Constitucional, estima el Despacho, que este no se ajusta al caso bajo estudio y por tanto resulta descontextualizada su aplicación.

Es importante anotar, que los Jueces pueden separarse de los precedentes verticales siempre y cuando se expongan las razones que sirvan de sustento a su decisión, razones que pueden consistir en 1) *la sentencia anterior no se aplica al caso concreto porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción*; 2) *el juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso*; 3) *por desarrollos dogmáticos posteriores que justifiquen una posición distinta*; 4) *la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico*; o que 5) *sobrevengán cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico*²³.

Pues bien, en el caso sub-examine sobrevienen elementos que hacen necesaria la distinción, pues debe tenerse claro que las sentencias analizadas corresponden al ingreso base de liquidación de los congresistas, esto es, un régimen especial de pensiones, que dista del adaptable al demandante, esto es la Ley 33 de 1985 (sector público). Es de anotar, que en el caso que nos ocupa, se trata de docentes nacionalizados, y no de los funcionarios que en la misma se enlistaron. La máxima Corporación precisa como argumentos para la aplicación del artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la creación de un vacío normativo producto de la declaratoria de la inconstitucionalidad de la expresión “durante el último año”

En este orden, entiende el Despacho que la H. Corte Constitucional reconoce en virtud del principio de favorabilidad, que el régimen de transición establecido en el nuevo sistema de seguridad social integral, presupone la aplicación integral de las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993, y que solo en casos de vacíos normativos en los regímenes anteriores, resulte procedente la utilización de los ingresos bases de liquidación (IBL) contemplados en la misma ley 100.

Que se compartirán las razones expuestas por el Tribunal Administrativo de Sucre²⁴, que a través de recientes jurisprudencias se ha apartado igualmente de la tesis adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 230/15, al considerar que la misma posee una clara aplicación restrictiva.

²³ Sentencia Corte Constitucional; expediente T-3.813.492, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

²⁴ Sentencia Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Tercera de Decisión Oral Sentencia 06 de octubre de 2015, Rad. 70-001-33-33-000-2015-00038-00, M.P. Moisés Rodríguez Pérez; Sentencia de fecha 24 de septiembre de 2015, Rad. 70-001-33-33-004-2014-00054-0, M.P. Luis Carlos Alzate Ríos.

Que bajo tales consideraciones, concluye esta unidad judicial, que la señora Carmen Monterrosa Bustamante, le es aplicable en su integridad las previsiones normativas de la Ley 33 de 1985, por ser éste el régimen vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para el sector público al que pertenece el demandante.

Visto lo anterior, el

ii.i. PROBLEMA JURÍDICO:

Si bien el problema jurídico del proceso sub examine, fue fijado en la audiencia inicial, esta Unidad judicial procede a modificarlo, atendiendo los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema que se estudia, por lo que quedará así:

¿Determinar si la parte actora tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, así como también, que para determinar el IBL, se tenga en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el mismo término, aunque no se encuentren taxativamente expresados en las leyes 33 y 62 de 198, verificando la aplicación de la sentencia SU 230 de 2015 de la CORTE CONSTITUCIONAL?

Sosteniéndose al efecto, las siguientes **TESIS**,

PARTE DEMANDANTE	PARTES DEMANDADA
<p>Que a la señora Carmen Monterrosa Bustamante, le asiste el derecho de ser beneficiario de la Reliquidación de su pensión de jubilación.</p> <p>Que la actora es beneficiaria del régimen de transición, por lo que la normatividad aplicable es la Ley 33 de 1985, siendo ésta la norma más favorable, principio de rango constitucional de obligatoriedad en materia laboral.</p> <p>Que la actora, cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de</p>	<p>Que la pensión de la actora, se liquidó conforme lo indica el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que de manera expresa determinó cuales requisitos quedarían comprendidos dentro sus beneficios, siendo a su vez clara y enfática en ordenar que la liquidación de estas pensiones debe sujetarse a las reglas establecidos en el nuevo texto legal.</p> <p>Que es errada la interpretación y aplicación perseguida por el actor, aun mas cuando de la norma se desprende con absoluta claridad los aspectos que la misma comprende, no es</p>

transición, como en efecto le fue reconocido, pero con la inclusión de todos los factores salariales que devengaba al momento de adquirir su status de pensionada.	posible que alegando el principio de favorabilidad nos hayamos concentrado en reconocer pensiones dándole un alcance a la norma que no fue, ni ha sido el pretendido por el legislador.
LA UNIDAD JUDICIAL, sostendrá	
<p><i>SI</i>, la parte actora tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, así como también, que para determinar el IBL, se tenga en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el mismo término, aunque no se encuentren taxativamente expresados en las leyes 33 y 62 de 198, verificando la aplicación de la sentencia SU 230 de 2015 de la CORTE CONSTITUCIONAL</p>	

Argumentándose centralmente

Que se dan los supuestos fácticos análogos que se establecieron en la sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Segunda, del 10 de agosto de 2010, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, teniendo en cuenta como regla jurisprudencial, que todo lo que este cobijado por la transición será regido por una interpretación de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta, el concepto de salario establecido como todo aquello que se recibe como retribución de su labor prestada, para dar efectividad al principio de igualdad (Art. 13 C.P.) y así dar aplicación al derecho a los mínimos laborales que trata el Art. 53 de la C.P.

Que el Despacho se aparta de la tesis adoptada por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 258 de 2013, reiterada en la SU 230/15, en otras palabras, porque la argumentación en ellas expuestas sobre cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a ciertos funcionarios v. gr. Congresistas, por lo que en este aspecto esta sería la ratio decidendi de la sentencia, y frente a cualquier otra aplicación o argumentación que en ella se contiene en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la misma claramente sería obiter dicta, dado que este no es el fondo de la situación estudiada por la Corte.

Que en la sentencia SU 230 de 2015, se estudia una tutela en contra de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien interpreta de tiempo atrás que el monto consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es lo referente al porcentaje o tasa de reemplazo y no al

ingreso Base de liquidación y la CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia en estudio de forma clara establece que esta interpretación es acorde a la constitución, ello per se no excluye otro tipo de interpretaciones en torno a dicha norma, pues de lo contrario se borraría de un tajo la independencia como pilar de la función judicial.

Que siendo así, es importante destacar que la posición de esta jurisdicción y de su órgano de cierre sobre la materia, es la de aplicar todos los elementos de régimen anterior, a quienes gozan del régimen de transición, es decir, que para liquidar las pensiones de jubilación reconocidas bajo esta normatividad, se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicio en que alcanzo el status de pensionado.

ii. Utilizando como sub-argumentos,

MARCO NORMATIVO/JURISPRUDENCIAL

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES (LEY 100 DE 1993) - APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:

El sistema general de seguridad social, incluyendo el sistema general de pensiones, empieza a consolidarse en Colombia con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". En la mencionada normativa, y para el estudio de su aplicabilidad a fin de respetar, por una parte, los derechos adquiridos y, por otra, las expectativas legítimas de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia o hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, es necesario integrar los artículos 36 y 151 de la ley en comento.

El Art. 36 de la ley 100 de 1993²⁵ fijo el régimen de transición, el cual consistía en que aquellas personas que al entrar en vigencia la ley 100 contara con 15 años de servicios o 35 años si es mujer o 40 si es hombre, tendrían derecho a que se le reconozcan la pensión con el régimen que venían gozando con anterioridad a la entrada en vigencia al sistema general de pensiones.

Siendo así las cosas, el demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años, teniendo en cuenta que nació el 18 de

²⁵ "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."

Noviembre de 1950²⁶, por lo que el mismo es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 que le permitía pensionarse con el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985.

- **LEY 33 DE 1985**

En dicha Ley se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión Social y con las prestaciones sociales para el sector público, en el Art. 1º se lee:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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. No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

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

(...)

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

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

- **Ley 62 de 1985**

En la misma se expresó:

*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.***

A su vez la Ley 6ª de 1945 señala:

*“Artículo 17º.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:
b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200)*

²⁶ Folio 26

en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.

FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL:

Como se expuso con anterioridad, las normas aplicables para efectos de determinar el salario de liquidación son las Leyes 33 y 62 de 1985, y es en esta misma normativa donde se señalan los factores salariales que se han de tener en cuenta para conformar la base de liquidación pensional.

Al respecto el artículo 3 de la norma referenciada, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, establece la forma cómo se liquidaría la pensión de jubilación señalando los siguientes factores:

- Asignación básica.
- Gastos de representación.
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- Dominicales y feriados.
- Horas extras.
- Bonificación por servicios prestados
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

No obstante lo anterior, se han expuesto varias interpretaciones por la jurisprudencia frente a cómo se debe efectuar la liquidación y los factores a tener en cuenta para ello, en primer lugar se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que solo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, son un principio general que busca garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otras permitiendo incluir factores devengados por los trabajadores durante el último año de prestación del Servicio, ante el concepto de salario definido en normas internacionales suscrita por Colombia como los de la OIT, en el que se debe incluir en la B.L.P. (Base de Liquidación Pensional),

todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio y cuando la pensión sea compatible con otro ingreso sería al momento de adquirir el status pensional.

Sobre el particular ha manifestado el alto tribunal:

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 beneficiarios. 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.

PENSION DE JUBILACION – Factores. No taxatividad. Principio de la realidad sobre las formalidades

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, 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 cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150

PENSION DE JUBILACION – Factores. Principio de protección del erario público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

PENSION DE JUBILACION – Liquidación con base en todos los factores salariales / SALARIO – Concepto

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 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.”

✓

Y más adelante, reiterando la mencionada sentencia, la Sección Segunda Subsección “B” con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez se dijo:

“En relación con la inclusión de los factores para efectos de fijar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por 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, en la que se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:

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

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó[1]:

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

A la fecha el Consejo de Estado en su Sección segunda Subsección A²⁷ continúa sosteniendo la misma regla jurisprudencial para casos análogos incluso la Sala de Consulta y Servicio Civil de dicha Corporación hace un recuento desde la sentencia unificadora que data del 4 de agosto de 2010, Sección Segunda. CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila²⁸

Como conclusión de este numeral, para esta Despacho, el salario base de liquidación de la pensión debe incluir todos aquellos pagos que conforme a su naturaleza o norma especial son salario, posición esta uniforme, reiterada y pacífica a la fecha en nuestra jurisdicción.

Posición Jurisprudencial - Corte Constitucional (sentencia C-258 de 2013, reiterada en SU 230 de 2015.

²⁷ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Radicación No 76001-23-31-0002009-241. C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 16 de febrero de 2012. CP Dr. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B” Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12)

L

Es importante tener en cuenta en este punto, la posición jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL, vertida en la sentencia C-258 de 2013, la que se reitera en la sentencia SU-230 de 2015, de la misma Corporación.

Al respecto, la Sentencia de Unificación 230 del 29 de abril de 2015, proferida por la Sala Plena de la H. Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, señaló acerca del IBL, que este no es un aspecto de la transición y que para establecer el monto de la pensión se deben tener en cuenta las reglas contenidas en el régimen general.

Al respecto señaló lo siguiente:

“A este respecto la Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.”

Para el Despacho es claro, que la tesis adoptada por la H. Corte Constitucional en la sentencia enunciada anteriormente, es restrictiva y desfavorable para el trabajador, por lo que, este Despacho se apartara de la misma, en ejercicio de su independencia y autonomía, aplicando la posición del Consejo de Estado, concluyendo que el monto incluye el ingreso base de liquidación de la pensión, que se encuentra regido por las normas anteriores, esto es, las leyes 33 y 62 de 1985.

Que tal como quedo anteriormente sentado, el Despacho desechará la tesis adoptada por la H. Corte Constitucional teniendo en cuenta, entre otras las razones expuestas por el Tribunal Administrativo de Sucre, el cual, decidió apartarse del precedente jurisprudencial expuesto en la sentencia que se viene estudiando, razones que esta Unidad Judicial comparte de manera integral.

“Igualmente para la sala, es claro que la posición asumida por la Corte Constitucional en las sentencias en cita (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), posee una clara aplicación restrictiva por las siguientes razones:

La sentencia C-258 de 2013, estudia la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es decir, el régimen pensional de Representantes a la Cámara y Senadores, extensivo a Magistrados de

Altas Cortes (artículo 28 del Decreto 104 de 1994) y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación (artículo 25 del Decreto 65 de 1998), el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 25 del Decreto 682 de 2002). Las palabras mismas de la sentencia en estudio lo dicen en el aparte final del numeral 4.1.1., Alcance del control constitucional rogado de las leyes, que fijó el alcance del control ejercido en la misma, expresó:

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

En otras palabras, la argumentación sobre cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a estos funcionarios, por lo que en este aspecto esta sería la ratio decidendi de la sentencia, y frente a cualquier otra aplicación o argumentación que en ella se contiene en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la misma claramente sería obiter dicta, dado que este no es el fondo de la situación estudiada por la Corte.

El sustento evidente de la sentencia C – 258 de 2013, es la sostenibilidad del sistema pensional en Colombia, en tanto, las excesivas pensiones, percibidas por los funcionarios atrás mencionados, resultaron afectándolo y quebrando la balanza que lo debe regir (homeóstasis). Si esta es la consideración, en casos como el tratado, si de aplicación analógica se trata, debería acudir a efectuar un análisis similar, esto es, establecerse si pensiones como las de la parte accionante, afectan la sostenibilidad del sistema pensional, para lo cual, es evidente que ello solo sería posible, si se determinara que el pago de esta pensión es desproporcionada, lo cual exige una carga probatoria, que en este proceso no existe, por ende, no es susceptible de consideración y valoración.

3. En este mismo sentido, al no estar la CORTE CONSTITUCIONAL estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia ya referida, la interpretación que de esta norma hace la Corte no es ratio decidendi y por ello carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos¹⁶, dicha interpretación.

4. En la SU-230 de 2015, se estudia una tutela en contra de la Sala Laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, quien interpreta de tiempo atrás que el monto consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es lo referente al porcentaje o tasa de reemplazo y no al Ingreso Base de Liquidación, y la CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia en estudio de forma clara establece que esta interpretación es acorde a la constitución, ello per se no excluye otro tipo de

interpretaciones en torno a dicha norma, pues de lo contrario se borraría de un tajo la independencia como pilar de la función judicial.

5. El CONSEJO DE ESTADO, en sentencia de unificación, limitó de forma clara la aplicabilidad de la sentencia C-258 de 2013, a aquellas pensiones que sean adquiridas después de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, en el siguiente sentido:

“Ahora bien, como la demandante encuentra regulada su situación por el Decreto 546 de 1971 -que no por el Decreto 104 de 1994-, ello implica, que en esta oportunidad al reconocimiento pensional, no se aplican las restricciones determinadas por la Sentencia C-258 de 2013, pero sí, los condicionamientos a los que hace referencia el Acto Legislativo 1 de 2005, a partir de su vigencia -25 de julio de 2005-, en aras de la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema pensional.

Entonces, la Sala debe puntualizar en el mismo estándar de racionalidad seguido a lo largo de esta sentencia de unificación, que el referido Acto Legislativo 1 de 2005, modificadorio del artículo 48 de la Carta Política, precisó en el parágrafo 1º que, “A partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superior es a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”, y justamente, es el mismo Acto Legislativo el que menciona, en su artículo 1º, qué se entiende por causación del derecho pensional, al indicar que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento; elemento capital para diferenciar la fecha en que se liquida la prestación de aquella en que el derecho como tal emerge a la vida jurídica.”

El Consejo de Estado, órgano de cierre de esta jurisdicción, ha unificado la interpretación en torno a la aplicación de la sentencia C-258 de 2013, manifestando que las limitaciones e interpretaciones en ella contenidas, solo serían aplicables a aquellas personas que gozando del régimen de transición, se les aplica el régimen especial de pensiones y a su vez adquiere su derecho a la pensión (estatus pensional, lo que se adquiere con edad y tiempo de servicios) con posterioridad al 05 de julio de 2005 o 31 de julio de 2010, según el caso.

Ahora bien, tal como lo indicó el Tribunal Administrativo de Sucre, en las sentencias estudiadas anteriormente, la pensión es un derecho de contenido social, esto a la luz de los diferentes instrumentos internacionales suscritos por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Convención americana de derechos humanos, la convención americana de derechos humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, “protocolo san Salvador”, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el texto de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo) y los cuales consagran la

progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se puede clasificar las pensiones.

Que de lo anterior, se trae a colación un principio que se infiere de la progresividad y q es aplicable a la protección de los derechos en estudio y es la prohibición de regresividad, esto es, que ninguno de los estados que hagan parte de los instrumentos internacionales mencionados anteriormente, pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores.

CASO CONCRETO

Para el caso del demandante, es claro que, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de la señora Carmen Monterroza Bustamante²⁹. Por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el Art. 36 de la mencionada ley, por lo tanto, le permitía pensionarse con el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985.

Que de acuerdo con lo probado, se tiene que a la actora se le reconoció pensión de jubilación incluyendo la asignación de retiro, Bonificación por servicio prestado y prima de antigüedad.

Que de acuerdo con el certificado de salario, la actora devengaba para los años 1998 y 1999 los siguientes factores salariales: **Prima de alimentación, auxilio de transporte, Bonificación Especial de recreación, prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad.**

Por lo anterior, para el Despacho es claro, tal y como se dejó sentado al inicio de los considerandos, a la señora Carmen Monterrosa Bustamante, le es aplicable en su integridad el régimen pensional contenido en la ley 33 de 1985 y no solamente en lo relativo al requisito de la edad y tiempo de servicio, como lo establece el parágrafo 2 de esa norma, sino también lo concerniente al monto de la pensión, el cual fue respetado en la Resolución demandada en cuanto al porcentaje (75%), pero no el cálculo del IBL, debiéndosele incluir para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio, contenido en el mismo estatuto y los definidos en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Se pone de manifiesto, que el mínimo vital de cada ciudadano depende de su nivel de ingresos y en el laboral, es constitucional la disminución del 25% de éstos cuando se adquiere la

²⁹ Fl. 28 Cuaderno Principal

pensión; pero restar del ingreso de la base pensional factores que retribuyen su trabajo filtra ese núcleo esencial de la vida digna y afecta ese mínimo vital.

Además, bajo el principio de solidaridad de la seguridad social no se afecta, porque se realizan sus descuentos omitidos en su momento hacerlos al precio de hoy, luego tampoco opera un incidente de impacto fiscal, si pensase en tal solución para implicarse el precedente en asunto.

EN SÍNTESIS:

Se concederán las pretensiones de la demanda, para lo cual se declarará la nulidad parcial del acto demandado y como consecuencia, se ordenará a la parte demandada a que procedan a efectuar el reajuste de la pensión vitalicia de jubilación otorgada al actor, por un monto equivalente en la BLP, de los factores salariales devengado por el interesado, durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional y a título de restablecimiento, todas las consecuencias jurídicas a las que haya lugar, es decir, la aplicación de la indexación de conformidad con el Art. 187 y 192 de la L. 1437 de 2011 de la siguiente forma:

Frente a esa base de liquidación, dada por la resolución de reconocimiento pensional, tendrán que incluirse y adicionársele las establecidas en la certificación expedida por el Asesor del Programa de Recursos Humanos de la Secretaria de Educación Departamental³⁰, En consecuencia, los factores a tener en cuenta para calcular el IBL pensional son: i) prima de alimentación; ii) auxilio de transporte iii) Bonificación especial de recreación iv) Prima de servicio v) Prima de Vacaciones vi) Prima de Navidad.

III. PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la prescripción, conforme a el Decreto 3135 de 1968 y S.S. normas que regulan la figura en general, tenemos que los tres 3 años de prescripción a partir de la exigibilidad de dichos derechos hoy motivo en asunto, téngase en cuenta que la prescripción que aquí se ventila está relacionada con las mesadas pensionales, pues como bien se ha establecido, que el derecho pensional es conforme el Art. 1, 46, 48, 53 y siguientes de la Constitución Política, son imprescriptibles y no se pueden transigir, en cuanto a su formación, la consecuencia económica de la misma la da es el aspecto de las mesadas pensionales, los cuales se deben establecer para cada caso particular.

En el caso bajo estudio, para el caso de la Sra. Carmen Monterrosa Bustamante, se le reconoció su status jurídico pensional el 14 de abril de 1997, según se reconoció en la Resolución N°

³⁰ Fl. 233-234 cuaderno 2

016826 del 31 de diciembre de 1999, la prescripción de las mesadas pensionales se interrumpe por una sola vez, (el término de prescripción de los tres -3- años),), en el caso que nos ocupa se tendrán en cuenta a partir de la presentación de la demanda, que fue el 16 de octubre de 2013³¹, por lo que como bien lo ha sostenido el H. Consejo de Estado³², vencido el término de los tres -3- años se tendrá a prescribir conforme a la fecha de presentación de la demanda, por lo que se decretará la prescripción trienal con anterioridad al 16 de octubre de 2010, lo cual se declarará en decisión judicial.

Téngase en cuenta, que las mesadas pensionales son cíclicas, que vienen de un derecho causado, que es imprescriptible, tienen que involucrarse desde el momento en que se adquirió el status pensional y que ha sido efectivo el pago de la mesada pensional o cuando adquirió el status pensional y ha sido retirado del servicio.

Es así, que tendrá que incluirse esos factores salariales desde el momento mismo en el que adquirió su derecho pensional, pero será pagadera solamente, las mesadas posteriores al 16 de octubre de 2010, eso al respecto del Sistema General de Pensiones, tanto al general como al particular del actor.

IV. COSTAS

En cuanto a la condena en costas para todos los procesos, el Art. 188 de la Ley 1437 de 2011 y de acuerdo a la no aplicación del Art. 10 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta la conducta desplegada por parte del apoderado demandante, esto es, de la efectividad del actuar una vez otorgado el poder y del tiempo que le llevo interponer la demanda, además la no presentación de una propuesta de conciliación por parte de los entes demandados al ser un tema que tiene un amplio precedente jurisprudencial se tasan para el pago en costas en un 10% de lo reconocido en esta providencia, de acuerdo al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, lo anterior atenuado a la prosperidad de la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

V. PARTE RESOLUTIVA.

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo - Sucre, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones N° 05564 de 09 de febrero de 2009, y N° PAP – 045242 de fecha 24 de marzo de 2011 proferidas por el gerente liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE en liquidación, a través de las cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora CARMEN MONTERROSA

³¹ Fl. 7

³² Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 6 de mayo de 2010, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. N° 2004-05527-02(0504-09)

BUSTAMANTE y se confirmó dicha decisión respectivamente, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Para restablecer el derecho, ante la nulidad parcial del acto administrativo demandado, **CONDENASE** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP**, a reajustar la base de liquidación pensional en la Resolución N° 16826 del 31 de diciembre de 1999, para ser incluidos la totalidad de aquellos factores salariales devengados en el último año de servicio, según la Certificación de Salarios expedida por la Secretaría de Educación de Sucre³³, **previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse** según la certificación de salarios relacionados en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR al **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a pagar al demandante la suma que resulte de **RESTAR** los valores que arrojen las operaciones aritméticas después de contabilizar todos los factores que constitúan salario del monto que efectivamente ya se le hubiera cancelado al actor, así como también el valor adeudado hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, será ajustado en los términos del Inciso final del **Art. 186 de la Ley 1437 de 2011**, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

CUARTO: Decretar probada la excepción propuesta por la parte demandada de prescripción trienal de las mesadas a reajustar causadas con anterioridad **al 16 de octubre de 2010**, teniendo en cuenta que al momento de hacerse la liquidación, se tendrá que contabilizar dichos factores salariales desde el momento mismo en que se adquirió el derecho pensional y serán pagaderas, sólo las posteriores a las fechas allí enunciadas. Tal como se motivó.

QUINTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios del inciso tercero Art. 192 de la Ley 1437 de 2011.

³³ Fl.233-234 cuaderno 2

SEXTO: Pago en costas en esta instancia en un 10%, para cada proceso conforme se expresó en la parte motiva de esté proveído.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia, si la misma no fuere apelada, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones del caso en los libros radicadores y el envío de las comunicaciones a que haya lugar.

OCTAVO: Se aclara por parte de éste Despacho que el procedimiento notificadorio se rige por el Art. 203 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE,


LISSETE MAIRELY NOVA SANTOS
Juez Segunda Administrativa

LPM