



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**

Sincelejo, diez (10) de agosto dos mil dieciséis (2016)

**Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

**Expediente N° 70001-33-33-002-2014-00076-00**

**Demandante:** Rafael López Barreto C.C. N° 3.912.194

**Apoderado:** Silvio de Jesús Corrales García

**Demandado:** Unidad Especial Administrativa de Gestión pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP

**Tema:** Solicitud de Reliquidación Pensional- Inclusión de todos los factores salariales.

**I. ANTECEDENTES.**

La Sr Rafael López Barreto C.C. N° 3.912.194 , a través de apoderado judicial en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presento demanda en contra de la Unidad Especial Administrativa de Gestión pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP para que, con audiencia y citación del representante legal de las entidad demandada 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***

<b>PRETENSIONES<sup>1</sup></b>	<b>HECHOS:</b> Para dichas pretensiones, se basa en los hechos en síntesis expuestos así: <sup>2</sup>
<b>NULIDAD:</b> Solicita el demandante se declare la nulidad absoluta de los actos administrativos contenido en las Resoluciones N° 021601 de fecha 14 de mayo de 2013 que niega la solicitud de reliquidación pensional y la Resolución 031833 de fecha 15 de julio de 2013 que resuelve el recurso de reposición, y la Resolución 036060 de fecha 9 de agosto de 2013 que resuelve el recurso de apelación que niega la solicitud de reconocimiento e inclusión	Manifiesta el demandante que laboro desde el 16 de julio de 1973 hasta el 31 de diciembre de 2010.  Que una vez cumplido los requisitos, adquirió el status de pensionado el 7 de septiembre de 2002 que le fue reconocido con la Resolución N° 35025 del 24 de julio de 2003 <sup>3</sup> sin incluir todos los factores salariales devengados.

<sup>1</sup> Fl. 6-7 Cuaderno Principal

<sup>2</sup> Fl. 7-8 Cuaderno Principal

<sup>3</sup> Entre folio 22 y 22 (ver DVD archivo "enexos rafael Andrés lopez Barreto" paginas de la 1 a la 5)

de todos los factores salariales tales como **prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad y viáticos**

**RESTABLECIMIENTO:** Que se condene a la entidad accionada a proferir resolución que liquide, reconozca y pague la inclusión de todos los factores salariales devengados sobre el 90%, lo reajustes anuales de Ley indexada con los correspondientes intereses incluidos

Ordenar que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos que indica los artículos 192 y 299 de la Ley 1437 de 2011

Condenar en costas a la parte demandada

Que el señor Rafael López Barreto acredita un total de 13.485 días laborados correspondiente a 1926 semanas cotizadas, por lo que señala que cuenta con los requisitos esenciales para que su pensión sea reconocida con un 90%.

Señala que el mínimo de semanas cotizadas para adquirir la pensión dentro del régimen pensional de la Ley 100 de 1993 sería de 1000 para obtenerla con el 65%, después de década 50 semanas adicionales se les reconocerá el 2% adicional hasta llegar al 90% que señala le corresponde al accionante.

Que mediante derecho de petición de fecha 20 de febrero radicado N° sop201300008818 se solicitó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales.

Que con las Resoluciones N° 021601 de fecha 14 de mayo de 2013<sup>4</sup> se niega la solicitud de reliquidación pensional y la Resolución 031833 de fecha 15 de julio de 2013<sup>5</sup> se resuelve el recurso de reposición, y la Resolución 036060 de fecha 9 de agosto de 2013<sup>6</sup> se resuelve el recurso de apelación.

Que Cajanal en Liquidación le reconoció la pensión de vejez al accionante acorde a lo ordenado en la Ley 100 de 1993 reconociéndole un 75% y solo incluyendo la asignación básica, horas extras y bonificación de servicios prestados del promedio de los 10 últimos años entre el 1 de octubre de 1995 al 30 de septiembre de 2005

Que mediante Resolución N° 1283 de 2010<sup>7</sup>, se acepta la renuncia al cargo que venía desempeñando Como auxiliar en el área de salud en el Secretaria Departamental de Salud

Que mediante constancia emanada por la Asesora de Recursos Humanos de la Gobernación del Departamento de Sucre se logra

<sup>4</sup> Fl 10 a 11

<sup>5</sup> Fl 12 a 14

<sup>6</sup> Fl 15 a 16

<sup>7</sup> Fl 20

	<p>detallar los conceptos de salarios y factores salariales que devengaba el actor el ultimo año de servicio.</p> <p>Señala que viene cobijado por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 del mismo año pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 46 años y 20 años de servicio.</p> <p>Que mediante escrito de fecha 24 de diciembre de 2013 se presenta solicitud de conciliación ante la Procuraduría 44 Judicial II Delegada ante los Jueces Administrativos, para la cual aporta constancia de su realización a fecha 7 de marzo de 2009<sup>8</sup></p>
--	--

### FUNDAMENTOS DE DERECHO y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>9</sup>

**Constitucionales:**

- Arts. 1, 2, 48, 53, 58 de la Constitución Política de Colombia.

**Legales**

- Ley 1437 de 2011 artículos 64,138,155,156,162,163,155,166
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Ley 100 de 1993
- Decreto 758 de 1990
- 

**Concepto de Violación:**

Que con el proceder de la entidad accionada se viola la normativa constitucional, pues desconoce el derecho de los ciudadanos a que se le liquide en forma correcta las prestaciones legalmente reconocidas.

Que la Ley 100 de 1993 crea un régimen de transición que ha sido entendido como un beneficio consagrado a favor de las personas que cumplan determinados requisitos en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio, monto de la pensión, para que sigan rigiéndose por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado, por lo que como el actor cumplía cabalidad los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario, la norma jurídica que debía ser la aplicable es la Ley 33 de 1985.

Con base a la jurisprudencia del Consejo Estado señala que en la actualidad la Ley 33 de 1985 no señala de forma taxativa los factores salariales que conforma IBL, sino que son meramente

<sup>8</sup> 21 a 22

<sup>9</sup> Fl. 4 a 9

enunciativos y por lo tanto se debe entender que no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador durante el último año de servicio y que por lo tanto deben incluirse al actor todos los factores salariales que constituyen salario

## ii. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 14 de marzo de 2014<sup>10</sup>, mediante auto de fecha 27 de marzo de 2014<sup>11</sup> se inadmite la demanda, la cual es subsanada en término mediante memorial de fecha 07 de abril 2014<sup>12</sup>, es admitida en auto de fecha 23 de julio de 2014<sup>13</sup> y notificada por estado electrónico N° 046 del 24 de julio de esa anualidad<sup>14</sup>, a fecha 2 de octubre de 2014<sup>15</sup> se allega memorial de pago de los gastos procesales, siendo notificada el día 27 de febrero de 2015 del presente medio de control a la parte demandada, y demás sujetos procesales<sup>16</sup>, seguidamente se corre el término de 25 días previsto para la notificación personal según la constancia secretarial entre los días: 2 de marzo de 2015 al 13 de abril de 2015<sup>17</sup>, , igualmente se corre el término de 30 días previsto, según la constancia secretarial entre los días 14 de abril de 2015 al 27 de mayo de 2015<sup>18</sup> dentro del término a fecha 8 de mayo de 2015<sup>19</sup> otorgado la entidad accionada descurre con el traslado de la demanda, proponiendo excepciones, seguidamente se le dio traslado a la parte demandante de las excepciones propuesta por esta entidad por el término de 3 días<sup>20</sup>, , cumplido lo anterior, mediante auto de fecha 25 de septiembre de 2015<sup>21</sup> se fija fecha de audiencia inicial siendo realizada a fecha 26 de noviembre de 2015<sup>22</sup> la cual adelanta con normalidad el tramite se presiden de termino probatorio al no tener pruebas que practicar<sup>23</sup>, corriéndose traslado pata alegar a las partes demandante<sup>24</sup> y demandada<sup>25</sup> y al ministerio público<sup>26</sup>

## iii. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

La parte accionada se pronunció en los siguientes términos

<i>PARTE DEMANDADA - UGPP<sup>27</sup></i>	<i>MINISTERIO PÚBLICO</i>
Manifiesta el apoderado que por carecer la demandada de fundamentos jurídicos las pretensiones están llamadas al fracaso.	No se pronunció de fondo en esta oportunidad.

<sup>10</sup> Fls. 8, y 23 acta individual de reparto

<sup>11</sup> Fl 25

<sup>12</sup> Fls 29 a 32

<sup>13</sup> Fls 34

<sup>14</sup> Fls. 34 respaldo a 36

<sup>15</sup> Fl. 42 a 44

<sup>16</sup> Fls. 46 a 51

<sup>17</sup> Fl 52

<sup>18</sup> Fl81

<sup>19</sup> Fl 91 a 105

<sup>20</sup> Dl 106

<sup>21</sup> Fl 108 a111

<sup>22</sup> Fl 121 a 135

<sup>23</sup> Fl 134 acta de audiencia inicial (Ver DVD folio 116 minuto 53:15 al minuto 55: 20)

<sup>24</sup> Fl 134 acta de audiencia inicial (ver DVD folio 116 hora 57:10 minutos a la hora 1:04 minutos)

<sup>25</sup> Fl 134 acta de audiencia inicial (ver DVD folio 116 hora 1:17 minutos a la hora 1: 27 minutos)

<sup>26</sup> Folio 134 acta de audiencia inicial (ver DVD folio 116 hora 1:34 minutos a la hora 1:41 minutos)

<sup>27</sup> FL 91 a 105

Señala que al demandante se le liquidó su pensión de vejez teniendo en cuenta las normas vigentes al momento en el cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicio, como quiera que se le incluyeron los factores salariales que enlista el decreto 1158 de 1994, y no le es dable solicitar factores salariales que no están taxativamente señalados.

Señala que no se desconoció el principio de favorabilidad por lo que la entidad accionada no esta llamada reconocer liquidación pensional al demandante ni mucho menos en un porcentaje superior al 75% por ser contraria a derecho

Señala que los beneficiarios del régimen de transición no cuentan con un derecho adquirido frente a normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en los eventos en los que no se han cumplido con los requisitos para adquirir el derecho de pensión bajo la Ley anterior, caso del demandante.

Señala que el termino de 1 año que tenía la antigua normativa para establecer el IBL no esta dentro del régimen de transición y por la tanto no tiene aplicación al momento de liquidar la pensión

Proponiendo para ello excepciones de mérito enumerada de la siguiente manera:

#### **legalidad del acto administrativo**

La cual sustenta manifestando que del material probatorio allegado se infiere que el demandante es beneficiario del régimen transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pues contaba a la fecha 1 de abril de 1994 con 15 años de servicio y más de 40 años.

Por lo que el hecho de estar el accionante en el régimen de transición aludido no quiere decir que pueda acceder al contenido íntegro de la norma, pues señala que lo que quiso proteger el legislador fueron ciertas prerrogativas como la edad dejando de la lado el cálculo

<p>correspondiente al IBL y los factores salariales a tener en cuenta.</p> <p><b>Prescripción Trienal</b></p> <p>Manifiesta sin que se entienda con ánimo de allanamiento respecto de algunas de las pretensiones deprecadas, solicita que se decrete la prescripción del pago de ciertas mesadas que se causaron con posterioridad a la fecha en que se hizo exigible la prestación respectiva.</p> <p>Lo anterior con base al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969</p>	
---	--

<b><u>ALEGATOS DE CONCLUSION</u></b>	
<b>PARTE DEMANDANTE<sup>28</sup></b>	<b>PARTE DEMANDADA- UGPP<sup>29</sup></b>
<p>El apoderado de la parte demandante señala que con base al artículo 53 de la C.P Ley 33 de 1985 Ley 100 1993 y demás antecedentes jurisprudenciales ,en lo que respecta a al principio de favorabilidad, y factores que ha de tenerse en cuenta para liquidar la pensión de vejez, que el problema se centra en que su poderdante se le incluyan los factores salariales que no fueron consignados cuando se le reconoció la pensión de vejez como lo son la prima de vacaciones, prima de servicios, viáticos y prima de navidad.</p> <p>Señala que el actor viene cobijados con el régimen de transición que su pensión le fue reconocida en el año 2005 pero que siguió laborando hasta el 2010.</p> <p>Sustentando sus pretensiones en el presente caso con la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010,sección segunda</p>	<p>Señala la apoderada de la parte demandada que no existe duda que el accionante es beneficiario de la Ley 100 de 1993 toda vez que el estatus de pensionado lo adquiere el 7 de septiembre de 2002.</p> <p>Señala que con base al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 la UGGP respeto le edad, tiempo y monto de pensión del accionante consagrado en la ley 33 de 1985 por lo que sustentado en el principio de legalidad del artículo 36 inciso tercero argumenta que para determinar la pensión el IBL se tendrá en cuenta no el ultimo año de servicios sino los últimos 10 años.</p> <p>Señala que la Ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994 es clara en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de determinar el IBL, por lo que la UGGP o rigiéndose por el principio de legalidad fijo la pensión del</p>

<sup>28</sup> Fl 134 acta de audiencia inicial (ver DVD folio 116 hora 57:10 minutos a la hora 1:04 minutos)

<sup>29</sup> Fl 134 acta de audiencia inicial (ver DVD folio 116 hora 1:17 minutos a la hora 1: 27 minutos)

<p>Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, y se conceda las pretensiones del demandante.</p>	<p>accióname y por tanto los factores salariales que le podría incluir fueron, la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, la prima de antigüedad atencional, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o jornada nocturna, remuneración por servicios prestados</p> <p>Señala que este en caso la UGPP no puede interpretar la norma y tomar otros factores salariales distintos a los que están enunciados en mencionado sustentado si posición en sentencia de la Corte Constitucional su 230 de m,2015 destacando que el IBL no se va determinar por el IBL de al ely 33 de 1985 como le señala dicha sentencia</p> <p>Plantea que en la que basa sus pretensiones la parte demandante la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010,sección segunda Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, se ve supedita a los efectos erga omnes de la sentencia del Corte Constitucional</p> <p>por lo anterior solicita a esta unidad judicial que se mantenga la Resoluciones como inicialmente se concedió, como quiera que se encuentra ajustada a derecho,</p>
<p><b>MINISTERIO PÚBLICO<sup>30</sup></b></p> <p>Manifestó que en sentencia unificadora del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010 realizo una revisión de las Leyes 33 de 1985 como la del 62 del mismo años que le dan sustento al demandante, para concluir en dicha sentencia que se estaba cometiendo una injusticia y existencia desfavorabilidad, para con los pensionados.</p>	

<sup>30</sup> Folio 143 (ver DVD folio 124 hora 1:34 minutos a la hora 1:41 minutos)

Señala que este es un principio de rango constitucional que en esta sentencia el Consejo de Estado con base a ello ha ordenado que se debe entender las prestaciones indicadas en la Ley 33 de 1985 meramente tiene un listado enunciativo no taxativo y que por lo tanto permitió que se liquidaran las pensiones con la inclusión de todas aquellos factores que el trabajador devengo cuando presto sus servicios al estado.

Manifiesta que en relación a sentencia SU 230 de la Corte Constitucional, establece que con base a la interpretación de Consejo de Estado señala que dicha sentencia no ha dicho como se debe liquidar los factores salariales, sino simplemente señala como se adquiere ese régimen de transición y el deber de respetar el derecho adquirido.

Manifiesta que en razón a ellos los juzgados que constituyen la jurisdicción administrativa se han apartado del concepto de la Corte Constitucional, aplicando el principio de favorabilidad que le asiste en estos derechos a los pensionados, siguiendo el hilo conductor de su juez natural de cierre.

Por lo anterior señala que el demandante devengo unos factores salariales que evidentemente no fueron incluidos al momento de concederle la pensión vejez, por lo que indica que las pretensiones del actor están llamadas a prosperar y por lo tanto solicita se declare la nulidad del acto administrativo demandado.

## II. PARTE CONSIDERATIVA

### ii.i MENCIÓN Y ANALISIS PROBATORIA AL CASO VENTILADO.

#### CASO PARTICULAR TEÓRICO

El caso que hoy es motivo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es la solicitud de declaratoria de Nulidad realizada por el actor con relación al actos administrativos contenido en contenido en las Resoluciones N° 021601 de fecha 14 de mayo de 2013 que niega la solicitud de reliquidación pensional y la Resolución 031833 de fecha 15 de julio de 2013 que resuelve el recurso de reposición, y la Resolución 036060 de fecha 9 de agosto de 2013 que

resuelve el recurso de apelación que niega la solicitud de reconocimiento e inclusión de todos los factores salariales tales como prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad y viáticos

pues según sus argumentos no le fueron incluidos todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio 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.

Dentro del presente proceso se propusieron excepciones de mérito, las cuales tienen que ver directamente con el fondo del asunto, por lo que se estudiará en el transcurso de la sentencia.

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:

#### DOCUMENTALES

- Resolución N° 35025 de fecha 24 de julio de 2003 que reconoce y ordena en pago de pensión de vejez<sup>31</sup>
- Copia de la Resolución N° 0210601 del 14 de mayo de 2013, por medio del cual se niega la solicitud de reliquidación pensional al accionante<sup>32</sup>
- Copia de la Resolución N° 031833 de fecha 15 de julio de 2013, por medio del cual se resuelve recurso de reposición<sup>33</sup>
- Copia de la Resolución N° 036060 de fecha 9 de agosto de 2013, por medio del cual se resuelve recurso de apelación<sup>34</sup>
- Copia Cedula de Ciudadanía del accionante<sup>35</sup>
- Copia de la certificación expedida por la secretaría administrativa de la oficina de recursos humanos del departamento de sucre, de salarios y prestaciones sociales para cotizar a pensión desde 1994 a 2010<sup>36</sup>
- Copia de certificación de servicio del actor, expedida por el ministerio de salud, en cargo de ayudante desempeñado por el actor de 16 de julio de 1973 al 15 de agosto de 1994<sup>37</sup>,
- Copia de certificación de servicio del actor, en cargo de auxiliar del área de la salud desempeñado por el actor de 16 de agosto de 1994 al 31 de diciembre de 2010<sup>38</sup>,

<sup>31</sup> Entre folio 22 y 22 (ver DVD archivo "enxos rafael Andrés lopez Barreto" paginas de la 1 a la 5)

<sup>32</sup> FI 10 a 11

<sup>33</sup> FI 12 a 14

<sup>34</sup> FI 15 a 16

<sup>35</sup> FI 26

<sup>36</sup> FI 17 a 18

<sup>37</sup> FI 19

<sup>38</sup> FI 30<sup>38</sup> Entre folio 22 y 22 (ver DVD archivo "enxos rafael Andrés lopez Barreto" paginas de la 1 a la 5)

- Audiencia de conciliación y Constancia de fecha 7 de marzo de 2014 , expedida por la Procuraduría 44 judicial II para asuntos administrativos de Sincelejo<sup>39</sup>
- Copia de certificación de salarios año 2010<sup>40</sup>
- Resolución N° 1283 de 2010 de aceptación de renuncia del accionante al cargo de auxiliar del área de la salud<sup>41</sup>

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

Que el actor nació el 7 de septiembre de 1947, teniendo 46 años de edad para el 1° de abril de 1994, encontrándose cobijado con el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es preciso indicar que el régimen de transición es un beneficio que consiste en que las personas que cumplan los presupuestos en ella determinados, conservan en su integridad la normatividad que venía rigiéndoles con anterioridad a la expedición de la incorporación del nuevo sistema de seguridad social integral, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición.

El Sr. Rafael Andrés López Barreto estuvo vinculado al Ministerio de Salud, según certificación expedida, desde el 16 de julio de 1973 hasta el 15 de agosto de 1994<sup>42</sup> en el cargo de ayudante código 5325, en la Secretaría de Salud Departamental de Ducre según certificado de información laboral desde el 16 de agosto de 1994 al 31 de diciembre de 2010<sup>43</sup> fecha en la que se acepta renuncia el actor al cargo de auxiliar de área de salud<sup>44</sup> y que adquirió el status jurídico para hacer efectiva la pensión de vejez a partir del 7 de septiembre de 2002, conforme a la resolución N° 35025 del 11 de marzo de 2003<sup>45</sup> y en ella se tomó como base de liquidación **la asignación básica, bonificación por servicios prestados y horas extras**

Que teniendo en cuenta el certificado expedido por la Secretaría Administrativa de la Oficina de Recursos Humanos del Departamento de Ducre, de salarios y prestaciones<sup>46</sup> el actor devengaba entre el año 2009 y 2010, los siguientes factores salariales:

---

<sup>38</sup> Fl 10 a 11

<sup>38</sup> Fl 12 a 14

<sup>38</sup> Fl 15 a 16

<sup>38</sup> Fl 26

<sup>38</sup> Fl 17 a 18

<sup>38</sup> Fl 19

<sup>39</sup> 21 a 22

<sup>40</sup> Fl 31 a 32

<sup>41</sup> Fl 20

<sup>42</sup> Fl 19

<sup>43</sup> Fl 30

<sup>44</sup> Fl 20

<sup>45</sup> Fl Entre folio 22 y 22 (ver DVD archivo "enexos rafael Andrés lopez Barret paginas de la 1 a la 5)

<sup>46</sup> Fl 17 a 18

CONCEPTOS	2009	2010
SALARIO	\$ 926.120	\$ 1.058.974
BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	\$ 498.577	\$ 529.487
PRIMA DE SERVICIOS	\$ 539.557	\$ 572.159
PRIMA DE VACACIONES	\$ 562.038	\$ 595.999
PRIMA DE NAVIDAD	\$ 1.170.913	\$ 1.241.665
VIATICOS	\$ 8.892.000	\$ 7.794.500

Que según certificación expedida por la secretaria administrativa de la oficina de recursos humanos del departamento de sucre, de salarios y prestaciones, el demandante en el año inmediatamente anterior, al retiro del servicios devengaba otros factores salariales no solamente los asignados en la Resolución de pensión, sino también, los factores que se describen en la tabla que antecede.

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 integral de la Ley 33 de 1985, atendiendo la tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado<sup>47</sup>, y ratificadas en recientes jurisprudencias de esa misma Corporación<sup>48</sup>, consistente en que se deberá incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, 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 lo real sobre las formal (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 SU 258 de 2013 reiterada en la SU 230/2015 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 tener en cuenta las reglas contenidas en el régimen general, por considerar que la misma posee una aplicación desfavorable para el trabajador.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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.

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) sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico*<sup>49</sup>.

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 funcionarios de entidades descentralizadas, 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 Sucre<sup>50</sup>, 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.

Por lo anterior, para el Despacho es claro, que Rafael Andrés López Barreto, 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 párrafo 2 de esa norma, sino también lo concerniente al monto de la pensión, el cual fue efectivamente respetado en la Resoluciones demandadas 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.

<sup>49</sup> Sentencia Corte Constitucional; T 446 de 2013 del 11 de julio de 2013 expediente T-3.813.492, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>50</sup> 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. Luiz Carlos Alzare Rios.

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 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.

Que bajo tales consideraciones, concluye esta unidad judicial que no están llamadas a prosperar las excepciones de y legalidad del acto administrativo, toda vez que al señor Rafael López Barreto, 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, teniendo, adicionalmente como parámetro la sentencia SU 230 de 2015 de la CORTE CONSTITUCIONAL?

Sosteniéndose al efecto, las siguientes TESIS,

PARTE DEMANDANTE	PARTE DEMANDADA
manifiesta que asu poderdante se le incluyan los factores salariales que no fueron consignados cuando se le reconoció la pensión de vejez como lo son la prima de vacaciones, prima de servicios, viáticos y prima de navidad	Señala que con base al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 la UGGP respeto le edad, tiempo y monto del accionante, de la Ley 33 de 1985, por lo que sustentado en el principio de legalidad del artículo 36 inciso tercero argumenta que par determinar la pensión el IBL se tendrá en cuenta no el último año de servicio sino los últimos 10 años.  Señala que la Ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994 es clara en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de determinar le IBL

## LA UNIDAD JUDICIAL, sostendrá

**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, teniendo, adicionalmente como parámetro la sentencia SU 230 de 2015 de la CORTE CONSTITUCIONAL

### Argumentándose centralmente

Que se dan los supuestos fácticos análogos que se establecieron en la sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Segunda, del 04 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 comentario.

El Art. 36 de la Ley 100 de 1993<sup>51</sup> fija 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 reconociera 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 46 años, teniendo en cuenta que nació el 7 de septiembre de 1947<sup>52</sup>, 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 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 trabajen 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.*

<sup>51</sup> "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."

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 2°. 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 1°. 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 17°.- 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) 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 – ARTÍCULO 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 le 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..”. (Negritas del texto original)  
...”*

A la fecha el Consejo de Estado en su Sección segunda Subsección A<sup>53</sup> 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 Ardila<sup>54</sup>

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.**

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*

<sup>53</sup> Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Radicación No 76001-23-31-0002009-241. C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>54</sup> 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)

*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 fallos<sup>16</sup>, 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 1° que, “A partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superiores 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 1°, que 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.”*

## EN SÍNTESIS:

Se concederán las pretensiones de la demanda, para lo cual se declarará la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en las Resoluciones N° 021601 de fecha 14 de mayo de 2013 que niega la solicitud de reliquidación pensional y la Resolución 031833 de fecha 15 de julio de 2013 que resuelve el recurso de reposición, y la Resolución 036060 de fecha 9 de agosto de 2013 que resuelve el recurso de apelación que niega la solicitud de reconocimiento e inclusión de todos los factores salariales 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 al retiro del servicio 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 la secretaria administrativa de la oficina de recursos humanos del departamento de sucre<sup>55</sup>, de salarios y prestaciones sociales. En consecuencia, los factores a tener en cuenta para calcular el IBL pensional son: sueldo base, **salario, bonificación de servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, viáticos**

### 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, al Sr. Rafael López Barreto, se le reconoció su status jurídico pensional a partir del 7 de septiembre de 2002, conforme a la resolución N° 35025 del 11 de marzo de 2003<sup>56</sup>, la prescripción de las mesadas pensionales se interrumpe por una sola vez, (el término de prescripción de los tres -3- años), por el simple reclamo escrito<sup>57</sup>, en el caso que nos ocupa la petición de revisión elevada por el actor, fue el **20 de febrero de 2013** acorde a lo consignado en la Resolución N° 0210601 del 14 de mayo de 2013, por medio del cual se niega la solicitud de reliquidación pensional al accionante<sup>58</sup>, por lo que se decretara la prescripción trienal con anterioridad al **20 de febrero de 2010** lo cual se declara en decisión judicial

Téngase en cuenta, que las mesadas pensionales son cíclicas, que vienen de un derecho causado, que es imprescriptibles, 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 20 de febrero de 2010, eso al respecto del Sistema General de Pensiones, tanto al general como al particular del actor.

---

<sup>55</sup> Fl 18

<sup>56</sup> Fl Entre folio 22 y 22 (ver DVD archivo "enexos rafael Andrés lopez Barret paginas de la 1 a la 5)

<sup>57</sup> Numeral 2 artículo 102 del Decreto 1848 de 1969

<sup>58</sup> Fl 10 a 11

#### 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 y agencias en derecho en un quince (15%) por ciento 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,

#### FALLA:

**PRIMERO: DECLARAR** no prosperar la excepción legalidad del acto administrativo de, acorde a lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad de los actos administrativos contenido en las Resoluciones N° 021601 de fecha 14 de mayo de 2013 que niega la solicitud de reliquidación pensional y la Resolución 031833 de fecha 15 de julio de 2013 que resuelve el recurso de reposición, y la Resolución 036060 de fecha 9 de agosto de 2013 que resuelve el recurso de apelación que niega la solicitud de reconocimiento e inclusión de todos los factores salariales al señor RAFAEL ANDRES LOPEZ BARRETO, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Para restablecer el derecho, ante la nulidad de los actos 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 Resoluciones N° 021601 de fecha 14 de mayo de 2013 que niega la solicitud de reliquidación pensional y la Resolución 031833 de fecha 15 de julio de 2013 que resuelve el recurso de reposición, y la Resolución 036060 de fecha 9 de agosto de 2013 que resuelve el recurso de apelación que niega la solicitud de reconocimiento e inclusión de todos los factores salariales, para ser incluidos la totalidad de aquellos factores salariales devengados en el último año de servicio por el actor, según la certificación expedida por la secretaria administrativa de la ofician de recursos humanos del departamento de sucre, de salarios y prestaciones sociales , **previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse** según la certificación de salarios relacionados en la parte considerativa de esta providencia.

**CUARTO:** CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP a pagar al demandante la suma que resulte de RESTAR los valores que arrojen las operaciones aritméticas después de contabilizar todos los factores que constituían 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. 192 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.

**QUINTO:** Decretar la prescripción trienal de las mesadas a reajustar causadas con anterioridad, al 20 de febrero 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.

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

**SEPTIMO:** Pago en costas y agencias en derecho en esta instancia en un quince (15%) por ciento para cada proceso conforme se expresó en la parte motiva de este proveído.

**OCTAVO:** 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.

**NOVENO:** 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

lasc