



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

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

Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Expediente N° 70001-33-33-002-2014-00101-00

Demandante: LIBIA ELENA MORENO BENITEZ C.C. N° 23.020.505

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP.

Tema: Solicitud de Reliquidación Pensional

1. ANTECEDENTES.

La señora LIBIA ELENA MORENO BENÍTEZ, identificada con C.C. N° 23.020.505, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, mediante apoderado judicial, demandó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para que, previo el trámite señalado en el proceso ordinario Contencioso Administrativo, y con audiencia y citación del representante legal de la entidad demandada y también del Agente del Ministerio Público, se hagan por este Despacho las siguientes declaraciones y condenas, en primera instancia:

i. Breve descripción de la Demanda

PRETENSIONES¹	HECHOS: Para dichas pretensiones, se basa en los hechos en síntesis expuestos así: ²
NULIDAD: Que se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 024950 del 30 de mayo de 2013, proferida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal UGPP por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación.	✚ Que la señora LIBIA ELENA MORENO BENITEZ laboró al servicio del Estado, por un periodo superior a 20 años, siendo su último lugar de servicio el Centro de Salud de Ovejas Sucre, adquiriendo su status de pensionada el 7 de diciembre de 2007. ✚ Que la Caja Nacional de Previsión Social – Hoy

¹ Fl. 34-35 Cuaderno Principal

² Fl. 35-36 Cuaderno Principal

Que se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 036877 del 12 de agosto de 2013, proferida por el Director de Pensiones de la Unidad de Gestión Pensional y parafiscal UGPP por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución 024950 del 30 de mayo de 2013, confirmando en todas sus partes la resolución y declara agotada la vía gubernativa.

RESTABLECIMIENTO: *Que se declare que la señora LIBIA ELENA MORENO BENITEZ, le asiste razón jurídica a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, le reliquide la pensión, teniendo en cuenta para su cálculo el promedio del 75% de todos los factores devengados en el último año de servicio, incluyendo en el IBL mensual los siguientes factores: Asignación básica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y cualquier otro emolumento que se demuestre haber recibido.*

Que se ordene que al momento de reliquidar la pensión, para efectos del cálculo del IBL mensual, se debe tener en cuenta que los factores salariales que se causen en anualidad deben comprender una doceava parte del valor certificado en el último año de servicio.

Liquidar y pagar a expensas de la entidad demandada a reconocer a favor de la actora, las diferencias de mesadas entre lo que se ha venido cancelando y lo que se determine pagar en la sentencia, a partir del 1° de agosto de 2009.

Condenar a la demandada a reconocer sobre los mesadas adeudadas a la demandante, los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al índice de Precios al Consumidor y al mayor, y tal como lo autoriza el artículo 193 de la ley 1437 de 2011.

Condenar a la demandada a reconocer a favor del demandante los intereses moratorios, contados después de la ejecutoria del fallo, si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

UGPP, mediante la Resolución N° 02438 del 26 de enero de 2009, reconoce la pensión de vejez en cuantía de \$807.590,69 efectiva a partir del 1° de mayo de 2008, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

✚ *Que mediante resolución No. PAP 009699 del 20 de agosto de 2010 se reliquida la pensión de jubilación a favor de la actora por retiro definitivo, elevando la cuantía en \$870.095,4 efectiva a partir del 1° de agosto de 2009.*

✚ *Que en los actos administrativos de reconocimiento la UGPP no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.*

✚ *En virtud de lo anterior, mediante derecho de petición del 21 de marzo de 2013, solicitó la inclusión de todos los factores devengados por la actora en el último año de servicio, dando respuesta la entidad demandada con los actos administrativos acusados.*

Condenar a la demandada a que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011. Se condene al pago de las costas y agencias en derecho.	
FUNDAMENTOS DE DERECHO y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³	
Constitucionales: Arts. 2º, 13, 25 y 58 de la Constitución Política de Colombia. Legales - Leyes 57 y 153 de 1887. - Decretos 1045 de 1978, 3135 de 1968 , 1848 de 1968, 1158 de 1994 y 2143 de 1995 - Ley 4ª de 1966, Leyes 33 y 62 de 1985 - Art. 36 y 288 de la Ley 100 de 1993 Jurisprudenciales - Sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Concepto de Violación: Mediante los actos administrativos demandados, la entidad de previsión viola normas de carácter sustancial y constitucional, pues si bien la entidad demandada ha entendido que el actor es beneficiario del régimen de transición, considera que los factores de salario para determinar ese monto pensional es aplicable en pleno la Ley 100 de 1993. Que las violaciones nacen por supuesto de la incorrecta y desfavorable interpretación del Inc. 2º del Art. 36 de la Ley 100 de 1993. Que históricamente todo régimen de transición consagra por razones de equidad y de justicia algunas prerrogativas y la Ley 100 de 1993 no es la excepción, las que encuentran su razón de ser en el respeto no solo por los derechos adquiridos, sino por las expectativas de las personas por su edad y tiempo que están próximas a que se les reconozca un derecho. Igualmente se vulnera, la norma constitucional que garantiza el reconocimiento total de los derechos adquirido, en efecto el actor tiene derecho a la pensión con régimen legal excepcional, el cual fue genéricamente desprotegido, pues la ser la pensión un derecho derivado de una relación laboral con ello se transgredió la disposición constitucional que ordena para el trabajador una especial protección.	

³ Fl. 37-41 Cuaderno Principal

ii. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 21/04/2014⁴, siendo admitida el día 04/09/2014⁵ y notificada por estado electrónico N° 060 del 05/09/2014⁶, el 03/10/2014 se pagaron los gastos procesales⁷ y el día 27/02/2015 se notificó del presente medio de control a la parte demandada, al ministerio público y a la agencia nacional de defensa jurídica del Estado,⁸ la entidad demandada contestó la demanda el 13/05/2015⁹ encontrándose dentro del término legal establecido, se corrió traslado a las excepciones propuestas¹⁰ y mediante auto del 25/09/2015, se fijó fecha para audiencia inicial a celebrarse el 01/12/2015¹¹.

iii. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y

UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESIÓN PENSIONAL - UGPP	MINISTERIO PÚBLICO
Manifiesta el apoderado que se opone a las pretensiones de la demanda, debido a que ésta apunta a que se reliquide la pensión teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, lo cual no es procedente porque la pensión fue adquirida en vigencia de la Ley 100 de 1993 y su liquidación se realiza de acuerdo a lo establecido en el Art. 36. Funda su defensa, primeramente transcribiendo lo dispuesto en el Art. 17 de la Ley 153 de 1987 y manifiesta que no hay duda de que las personas a quienes se refieren el régimen de transición de la L 100 del 93, respecto al derecho pensional, era solo una expectativa y no un derecho adquirido. Que del análisis del Art. 36 de la Ley 100, se colige que el Inc. 2do, respeta del régimen anterior la edad, el tiempo y el monto, que corresponde al porcentaje a tener en cuenta del promedio determinado una vez se haya	No se pronunció de fondo.

⁴ Fls. 43
⁵ Luego de cumplir con las exigencias dispuestas en el auto de inadmisión (fl.83)
⁶ Fls. 90
⁷ Fl. 93
⁸ Fls. 96-98
⁹ Fl. 141-149
¹⁰ Fl. 150
¹¹ Fl. 167-181

obtenido el IB para liquidar la pensión, pero no incluye el IBL, toda vez que el mismo está expresamente determinado en el Inc 3° del dicho artículo. Que el beneficiario del régimen de transición, no tiene un derecho adquirido frente a normas anteriores a la Ley 100 del 93, en los eventos en que no se ha cumplido con los requisitos legales y extralegales para adquirir el derecho a una pensión bajo la vigencia de la ley anterior, situación encuadrada en una mera expectativa. Precisa que en lo que respecta al IBL de las pensiones de jubilación de quienes son beneficiarios del régimen de transición, como lo es la actora, existen dos fórmulas para obtener y calcular tal elemento; la primera consiste en obtener el promedio de los salarios devengados durante el tiempo que le hiciera falta para consolidar el derecho, contado desde la entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la segunda fórmula señala que el IBL se conformará del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, cuando el tiempo que hiciera falta fuere superior a 10 años, como en efecto se hizo al liquidar la pensión de la actora.	
---	--

<u>ALEGATOS DE CONCLUSIÓN</u>	
PARTE DEMANDANTE	PARTE DEMANDADA
Min: 52:04 DVD, se ratifica en lo solicitado en la demanda.	Min: 52:12 DVD, corrobora lo manifestado en la contestación de la demanda. MINISTERIO PÚBLICO: No asistió a la audiencia.

2. 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 declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No RDP 024950 del 30 de mayo de 2013, mediante la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación y la nulidad de la Resolución No. RDP 036877 del 12 de agosto de 2013, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación contra la Resolución No. 024950 del 30 de mayo de 2013, y en consecuencia solicita, a título de restablecimiento del derecho que la UGPP le reliquide la pensión teniendo en cuenta para su cálculo el promedio del 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, 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:

- Copia de la Resolución N° RDP 024950 de 30 de mayo de 2013, por medio de la cual, se niega la reliquidación de una pensión de vejez¹².
- Copia del acta de notificación personal de la Resolución N° RDP 024950 de 30 de mayo de 2013¹³.
- Copia de la Resolución N° RDP 036877 del 12 de agosto de 2013, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 24950 del 30 de mayo de 2013¹⁴.
- Copia del acta de notificación por correo electrónico de la Resolución N° RDP 0236977 de 12 de agosto de 2013¹⁵.
- Copia del derecho de petición elevado por la actora ante la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal - UGPP, a través del cual, solicita la revisión de la pensión de jubilación, por la no inclusión de todos los factores salariales devengados por ella¹⁶.
- Copia del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora contra la resolución N° RDP 024950 del 30 de mayo de 2013, por medio de la cual, negó la reliquidación de la pensión de jubilación¹⁷.
- Copia de la Resolución N° PAP 009699 de 20 de agosto de 2010, por la cual se

¹² Id. 2-3

¹³ Id. 4

¹⁴ Id. 5-8

¹⁵ Id. 9

¹⁶ Id. 10-12

¹⁷ Id. 14-15

reliquida una pensión mensual vitalicia por vejez, por retiro definitivo del servicio¹⁸.

- Copia de la Resolución No. 02438 del 26 de enero de 2009, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez¹⁹.
- Copia de la Resolución No. 073 del 10 de junio de 2009, por medio de la cual la Gerente de la ESE de Ovejas – Sucre, acepta una renuncia²⁰.
- Copia de certificado de salario, expedido por la Jefe de Talento Humano de la ESE de Ovejas, donde se detallan los sueldos y prestaciones sociales devengadas por la actora durante los años 1999 a 2009²¹.
- Copia de certificación de servicio de la actora, expedida por la Profesional Universitario de la ESE de Ovejas - Sucre²².
- Copia de la conciliación extrajudicial y de la constancia respectiva, expedida por la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos²³.
- Copia de la cedula de ciudadanía de la actora²⁴.
- Copia autentica del expediente administrativo de la actora²⁵

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

Que la actora nació el 7 de diciembre de 1952, teniendo 41 años de edad para el 1º de abril de 1994, encontrándose cobijada con el régimen de transición 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.

La señora Libia Elena Moreno Benítez estuvo vinculada a la ESE Centro de Salud de Ovejas – Sucre, desde el 14 de mayo de 1974 como Auxiliar de Enfermería, según la certificación expedida por la Profesional Universitario de la ESE de Ovejas²⁶ y que adquirió el status jurídico para hacer efectiva la pensión a partir del 07 de diciembre de 2007, conforme a la resolución 02438 del 26 de enero de 2009 y en ella se tomó como base de liquidación la asignación básica y el concepto de otros factores Dcto 1158.

¹⁸ Fl. 16-21

¹⁹ Fl. 22-26

²⁰ Fl. 27-28

²¹ Fl. 29

²² Fl. 30

²³ Fl. 31-32

²⁴ Fl. 33

²⁵ Fl. 47-82

²⁶ Fl. 30

Que mediante Resolución No. 009699 del 20 de agosto de 2010, se reliquida la pensión de vejez a la actora por retiro definitivo del servicio, efectiva a partir del 1° de agosto de 2009²⁷ y se tomó como base de liquidación la **asignación básica y las horas extras**.

Atendiendo lo anterior, se allegó certificado de salarios²⁸, otorgado por el Jefe de Talento Humano de la ESE de Ovejas, donde se observa que la actora devengaba entre el año 2008 al 2009, los siguientes factores salariales:

CONCEPTOS	31/07/2008 al 31/12/2008	01/01/2009 al 31/07/2009
Sueldo Básico	\$1.075.293	\$1.157.768
Bonificación Servicios Prestados	\$376.353	\$405.219
Prima de Servicio	\$553.328	\$595.768
Prima de Vacaciones	\$618.824	\$618.824
Prima de Navidad	\$1.213.147	\$1.308.832

Que según certificación de salarios expedida por la Jefe de Talento Humano de la ESE de Ovejas, la demandante 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 la actora al encontrarse cobijada 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 Estado²⁹, y ratificadas en jurisprudencias de esa misma Corporación³⁰, 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

²⁷ Fecha en que fue aceptada su renuncia – Fl. 27-28 C. Principal
²⁸ Fl. 29
²⁹ 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.
³⁰ 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.

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.

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 jurídico³¹.

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 un empleado público, 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

³¹ Sentencia Corte Constitucional; expediente T-3.813.492, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

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 Sucre³², 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.

Que bajo tales consideraciones, concluye esta unidad judicial, que a la señora Libia Elena Moreno Benítez, 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 la demandante.

Visto lo anterior, el

ii. PROBLEMA JURÍDICO:

Si bien el problema jurídico del proceso sub examine, fue fijado en la audiencia inicial³³, 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 1985?

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

PARTE DEMANDANTE	PARTE DEMANDADA
Que la actora cumple efectivamente con las condiciones exigidas para ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la ley 100 de 1993, por cuanto para la	Que no es procedente la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, porque la pensión de la actora fue

³² 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 Alzate Rios.

³³ Fl. 174

fecha en la cual entró a regir dicha norma en materia pensional, a saber, el 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad y había cotizado más de 15 años para pensión. Por lo que la edad, tiempo de servicio y el monto de la pensión, deben ser los contenidos en el régimen anterior. Que la inclusión de la totalidad de los factores salariales para deducir la cuantía de la mesada pensional, es un derecho adquirido, conforme a las normas legales vigentes, y al cual se accede sin ninguna otra consideración.	adquirida en plena vigencia de la Ley 100 de 1993 y su liquidación se realiza de acuerdo a lo establecido en el Art. 36 de la misma, que establece además los elementos para conformar el IBL, que no es el régimen anterior, sino el dispuesto en el Inc. 3° de esta Ley.
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 1985.	

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.

iii. 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 1993³⁴ fijó 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

³⁴ "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.

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, la 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 07 de diciembre de 1952³⁵, por lo que la misma es beneficiaria 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. 1° se lee:

“Artículo 1°.- 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 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

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.”.

³⁵ Fl. 33

*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) 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..”. (Negritillas del texto original)

...”

A la fecha el Consejo de Estado en su Sección segunda Subsección A³⁶ 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 Ardila³⁷

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 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

³⁶ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Radicación No 76001-23-31-0002009-241. C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁷ 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)

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.” (Negrillas 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 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 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 que 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 de la demandante, es claro que, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de la señora Libia Elena Moreno Benítez. Por lo que es beneficiaria 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 además de la asignación básica mensual, otros factores Decreto 1158 y que fue reliquidada la misma por retiro definitivo del servicio incluyendo las horas extras.

Sin embargo se advierte, que muy a pesar que la pensión de jubilación reconocida a la señora Libia Elena Moreno Benítez, tuvo en cuenta algunos factores, la interpretación plasmada en la misma no es la coherente, según se estableció en líneas anteriores.

Que de acuerdo con el certificado de salario aportado como prueba, la actora devengaba para los años 2008 y 2009 los siguientes factores salariales: **Bonificación Servicios Prestados, Prima de Servicios, 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 Libia Elena Moreno Benítez, 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.

Ahora bien, aclara el Despacho que tanto la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, son acreencias laborales respecto de las cuales solo les asiste su pago a los empleados públicos del orden nacional, tal como lo expuso el H. Consejo de Estado en varios pronunciamientos³⁸, en el cual se expuso:

“Respecto de la hoy demandada bonificación por servicios prestados, el Consejo de Estado, ha considerado:

“La prima de servicios y la bonificación por servicios constituyen acreencias laborales que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 sólo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial.

Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues ésta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibídem, ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional.

(...)

Tal y como se dejó sentado en precedencia, la línea jurisprudencial del CONSEJO DE ESTADO en supuestos jurídicos como el que ahora centra la atención de esta Colegiatura, permitía acceder a las

³⁸ De los cuales se destaca la Sentencia de fecha 6 de agosto de 2008 Exp. No. 0507-2006 Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

súplicas de la demanda y en consecuencia reconocer los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial, inaplicando, por considerarla inconstitucional, la expresión “del orden nacional”, contenida en el reseñado Decreto Ley.

No obstante lo anterior, como corolario de la decisión contenida en la precitada sentencia C-402 de 2013, que es posterior a las decisiones del CONSEJO DE ESTADO, la CORTE CONSTITUCIONAL declaró ajustados a la Constitución, entre otros apartes del Decreto 1042 de 1978, la expresión que por parte del CONSEJO DE ESTADO se consideraba atentatorio de la Carta Política de 1991, por lo que, huelga concluir sin hesitación alguna, que el régimen contenido en el pluricitado decreto, le es exclusivamente aplicable a los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, no siendo por tanto extensivo a los empleados del orden territorial con el argumento de la violación al derecho a la igualdad”.

No obstante lo anterior, en el caso concreto si bien la parte demandante señora LIBIA ELENA MORENO BENITEZ ostentaba la calidad de empleado del orden territorial, a ella le asiste el derecho a que las acreencias mencionadas (prima de servicio y bonificación por servicios prestados), le sean tenidas en cuenta para efectos de liquidar su pensión de jubilación, lo anterior teniendo en cuenta lo resuelto por el H. Tribunal Administrativo de Sucre en un caso similar en el cual es expuso:

“En este punto es bueno anotar, que con anterioridad a la vigencia de la Ley 10 de 1990 y en virtud a que la salud, como servicio público, estaba a cargo de la Nación, el Sistema Nacional de Salud, se estructuró y organizó con un régimen jurídico propio, aplicándoseles a los empleados públicos del subsector oficial, el régimen salarial y prestacional establecido para la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, derivándose de ello una connotación especial, para dichos empleados, consistente en que, aquellos vinculados a los Servicios Seccionales de Salud, a pesar de pertenecer al orden territorial, las normas aplicables en materia salarial y prestacional, eran las del orden nacional.

Colofón, los empleados públicos del sector salud, vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 10 de 1990, en materia salarial y prestacional, se rigen por las normas aplicables a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional; es decir, los decretos 1042 de 1978, 3135 de 1968, 1848 de 1968 y 1045 de 1978, Ley 70 de 1989, entre otras.

En el caso concreto, se sabe que la señora Carmen Duran de Dajud, estuvo vinculada al sector salud, primero en el Hospital Universitario de Sincelejo y luego en el Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud de Sucre, desde el 2 de enero de 1985 hasta el 31 de diciembre de 2008, en el cargo de Recepcionista y cajera en el primer período y en el segundo como Técnico en Salud, de ello dan cuenta los certificados obrantes a folios 56 y 29 del C. N°1; por ende, se le aplica el régimen jurídico antes enunciado, con ello, le resultan aplicables los factores salariales, propios de un empleado del orden nacional. Lo anterior se fundamenta en lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 10 de 1990, que indica:

“Artículo 30°.- Régimen de los trabajadores y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. A los empleados públicos del sector salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley”

*Corolario de lo anterior, como quiera que la actora se vinculó al sector salud antes de la vigencia de la Ley 10 de 1990, el régimen que se le aplica es el de los empleados públicos del orden nacional, consagrado en la norma atrás mencionada, a los cuales se les reconoce la prima de servicios como factor salarial y por ello, debe ser tenida en cuenta para efectos pensionales (...)*³⁹

Por lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta que la actora se vinculó desde el 14 de mayo de 1974 en DASSSALUD de Sucre, es decir antes de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990⁴⁰, le asiste el derecho a que le sean tenidas en cuenta como factor computable para la liquidación de su pensión de jubilación la prima de servicios y la bonificación de servicios prestados, tal como se explicó.

Sirvan las anteriores consideraciones para declarar no probadas las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, inexistencia de la obligación y buena fe, propuestas por la entidad demandada.

EN SÍNTESIS:

Se concederán las pretensiones de la demanda, para lo cual se declarará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados y como consecuencia, se ordenará a la parte demandada a que proceda a efectuar el reajuste de la pensión vitalicia por vejez otorgada a la actora, por un monto equivalente en la BLP, de los factores salariales devengados por la interesada, durante el último año de 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 Jefe de Talento Humano de la ESE Centro de Salud de Ovejas⁴¹, En consecuencia, los factores a tener en cuenta para calcular el IBL pensional son: **Bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**, con la salvedad que, si sobre dichos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos, cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

4. PRESCRIPCIÓN

³⁹ Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, 05 de noviembre de 2015. MP Dr. MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ Exp. 70-001-33-33-002-2014-00071-01, Actora: Carmen Lucía Durán de Dajud Vs UGPP.

⁴⁰ 10 de enero de 1990

⁴¹ Fl. 29

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 señora Libia Elena Moreno Benítez, adquirió su status jurídico pensional el 07 de diciembre de 2007, según se reconoció en la Resolución N° 02438 del 26 de enero de 2009, 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 primera petición de revisión elevada por la actora con fundamento en la Ley 33 de 1985, que fue el 21 de marzo de 2013⁴², por lo que se decretará la prescripción trienal con anterioridad al 21 de marzo 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 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 serán pagadera solamente, las mesadas posteriores al 21 de marzo de 2010.

5. 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 y teniendo en cuenta la prosperidad de la prescripción trienal, se tasan para el pago en costas en un 15% de lo reconocido en esta

⁴² Fl. 10-12

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.

6. 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: Declárense no probadas las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, inexistencia de la obligación y buena fe, propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución N° RDP 024950 del 30 de mayo de 2013 proferida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal y la Resolución N° RDP 036877 del 12 de agosto de 2013, proferida por el Director de Pensiones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscal UGPP, por medio de las cuales se negó la reliquidación de una pensión de vejez y se confirmó la decisión de negación de la señora LIBIA ELENA MORENO BENITEZ, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Para restablecer el derecho, ante la nulidad de los actos administrativos demandados, **CONDENASE** a la **NACIÓN – 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° 02438 del 26 de enero de 2009, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio como son: **Bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**, con la salvedad que, si sobre dichos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos, cuando realice el pago de las respectivas mesadas, tal como se estableció en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP** a pagar a la 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 a la actora, 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.

QUINTO: Decretar la prescripción trienal de las mesadas a reajustar causadas con anterioridad **al 21 de marzo 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.

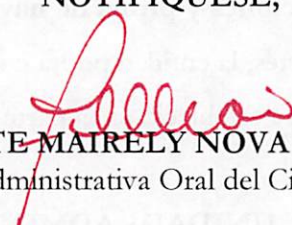
SEXTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios del inciso tercero Art. 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEPTIMO: Pago en costas en esta instancia en un 15%, conforme se expresó en la parte motiva de esté 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 Oral del Circuito de Sincelejo