



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

Sincelejo, dieciséis (16) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Expediente N° 70001-33-33-002-2014-00243-00

Demandante: SUADITH DE LAS MERCEDES ORTIZ GONZALEZ C.C. N° 23.102.491

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
"COLPENSIONES"

Tema: Reliquidación Pensional

I. ANTECEDENTES.

La señora SUADITH DE LAS MERCEDES ORTIZ GONZALEZ con C.C. N° 23.102.491, a través de apoderado judicial en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demanda a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- "COLPENSIONES", para que, con audiencia y citación del representante legal de las entidades demandadas y también del 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

PRETENSIONES¹	HECHOS: Para dichas pretensiones, se basa en los hechos en síntesis expuestos así: ²
NULIDAD: Se declare la nulidad absoluta de la Resolución No. GNR-201923 de 05 de junio de 2014, por medio del cual se negó la reliquidación de pensión de vejez. Así mismo, se declare la nulidad del acto ficto o presunto ocasionado por el silencio administrativo, como consecuencia del derecho de petición presentado el 27 de junio de 2014, a través del cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación contra la Resolución No. GNR-201923. RESTABLECIMIENTO: Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene la	Que la señora SUADITH DE LAS MERCEDES ORTIZ GONZALEZ prestó sus servicios por más de 20 años como Operaria de Servicios Generales desde el 27 de mayo de 1981 hasta el 13 de octubre de 2003 y mediante Resolución No. 000946 del 26 de mayo de 2000 le fue reconocida la pensión de vejez por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones. Que la liquidación de la pensión de jubilación no incluyó los factores salariales que percibió el último año de servicios.

¹ Fl. 2

² Fl. 2-3

✓

<i>reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta los factores salariales devengados al momento de adquirir su status de pensionado.</i> <i>Que se condene, al pago de la indexación sobre la primera mesada pensional.</i> EFFECTOS DEL FALLO: <i>Que se dé cumplimiento del fallo de acuerdo al Art. 192 y ss de la Ley 1437 de 2011.</i>	<i>Que mediante solicitud de 18 de noviembre de 2013 la parte actora solicitó reliquidación de pensión de vejez, la cual fue resuelta a través de Resolución No. GNR-201923 del 05 de junio de 2014, en forma desfavorable.</i> <i>Que la liquidación de la pensión de jubilación no incluyó los factores salariales que percibió el último años de servicios, como prima de servicios, prima de navidad, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, dominicales-festivos y demás emolumentos que habitualmente percibía al lograr el status pensional.</i> <i>Que la entidad demandada debió liquidar la pensión a partir del día siguiente de la causación de su derecho incluyéndole todos los factores salariales por el monto de SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$699.659).</i>
FUNDAMENTOS DE DERECHO y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³	
Constitucionales: Artículos 2, 3, 13, 25, 29, 53 de la Constitución Política de Colombia. Legales: Ley 1437 de 2011 art. 1, 6, 7, 12, 25, 26, 42, 38, 64, 155, 156, 161, 162, 163, 165, 166 y ss. _Ley 100 de 1993 art. 36, 141, 11, 14 _Ley 1564 de 2012 _Ley 33 de 1985 art. 2, 6, 13, 25, 58 _Código Sustantivo del Trabajo art. 16, 21, 64, 65 y ss. _Ley 100 de 1993 art. 1 y 36. Jurisprudenciales: _ Sentencia Corte Constitucional SU-120 de 2003 _Sentencia C-862 de 2003 expediente D-6247 _Sentencia T-625 de 2004 _Sentencia del Consejo de Estado de 23 de marzo de 1989; 06 de septiembre de 1996 y 0836 de 2008. _Sentencia de fecha 0836 de 2008 C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Concepto de Violación:	

³ Fl. 4-9

Manifestó, que se determinó que las personas a 31 de marzo de 1994, fecha en la que entró en vigencia el sistema de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 años o más si son mujeres o 40 años o más si son hombres o 15 años de servicio conservarán la transición, caso que aplica a la actora.

En cuanto a la condición más beneficiosa, relacionó el artículo 53 de la Constitución Política, el cual establece los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo a saber, igualdad de oportunidades, situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, primacía de la realidad sobre formalidades entre otros. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas vigentes, prevalece la más favorable para el trabajador y la norma que se adopte debe aplicarse de manera íntegra.

Precisó, según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que el monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentra afiliado, pero como la demandante venía vinculada al sector público en régimen de la Ley 33 de 1985, el monto de su pensión será el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

ii. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 22 de octubre de 2014⁴, la cual se admitió el 28 de noviembre de 2014 y notificada por estado electrónico N° 083 de 01 de diciembre de 2014⁵, la constancia de pago de los gastos procesales fue presentada el 14 de enero de 2015⁶ y el día 24 de junio de 2015 se notificó del presente medio de control la parte demandada,⁷ se corrió el traslado de los 25 días, el 25 de junio hasta el 31 de julio de 2015⁸ y el traslado de los 30 días desde el 3 de agosto al 15 de septiembre de 2015⁹, la parte demandada contestó la demanda el 11 de agosto de 2015¹⁰, se dio traslado de excepciones el día 20 de octubre de 2015¹¹, mediante auto de fecha 19 de febrero de 2016 se prorrogaron los plazos para señalar fecha de las audiencias¹², finalmente se fijó fecha para celebrar la audiencia inicial a través de auto de fecha 30 de junio de 2016¹³. Siendo el día y la hora acordada para llevar a cabo la audiencia inicial, se surtió la etapa de saneamiento, de las excepciones previas, medidas cautelares, se fijó el litigio, se planteó el posible problema jurídico a resolver, se suprimió el período establecido en el art.181 de la Ley 1437 de 2011 con base en que el litigio versaba sobre derechos de puro derecho, se procedió a escuchar los alegatos de las partes, se efectuó la etapa de conciliación, la cual fue declarada fallida por no existir animo conciliatorio entre las partes y finalmente se dio aplicación al artículo 182 numeral 3° de la Ley 1437 de 2011., con el fin de establecer cuál era la norma más beneficiosa en cada caso¹⁴.

⁴ Fls. 10

⁵ Fl. 42

⁶ Fl. 45-47

⁷ Fls. 49-52

⁸ Fl. 53

⁹ Fl. 54

¹⁰ Fl. 56-63

¹¹ Fl. 75

¹² Fl.84-94

¹³ Fl. 101-106

¹⁴ Fl.113-123

**iii. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y
CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

<i>PARTE DEMANDADA¹⁵</i>	<i>MINISTERIO PÚBLICO</i>
Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por carecer de asidero jurídico necesario para su prosperidad, debido a que la pensión de jubilación fue reconocida conforme a la Ley, razón por la cual no hay lugar a reliquidar la prestación económica ni mucho menos indexar mesada pensional alguna. Explicó, que la Circula No. 04 de 26 de julio de 2013, que modificó los criterios sobre el reconocimiento de prestaciones económicas para los regímenes generales y especiales adoptados mediante Sentencia C-258 de 2013 y con el fin de acoger la interpretación y el alcance del art. 36 de la Ley 100 de 1993, la Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General de Colpensiones, expidió la Circular 26 de julio de 2013, que modificó los criterios sobre el reconocimiento de las prestaciones económicas para los regímenes generales y especiales adoptados en Circular No. 01 de 01 de octubre de 2012. Conforme a lo cual, refirió que los derechos causados con anterioridad al 08 de mayo de 2013, se resolverán de acuerdo al precedente judicial y normatividad aplicable en su momento a través de la Circular 001 de 2012 y las solicitudes de pensión presentadas por afiliados cuya situación jurídica se consolidó con posterioridad al 08 de mayo de 2013, se regirán por el precedente judicial y constitucional que se adoptó por medio de la Circular 04 de 2013. Señaló, en efecto, que la actora pretende la	En esta oportunidad no emitió concepto.

¹⁵ Fl.56-69

reliquidación de la pensión de vejez bajo los lineamientos de la Ley 33 de 1985, prestación económica que fue reconocida mediante Resolución No. 00946 de 2000, lo cual infiere, que con base a las circulares antes mencionadas, es evidente que le deben aplicar las directrices contenidas en la Circular No. 001 de 2012, al haberse causado su derecho pensional antes del 07 de mayo de 2013, pues su derecho se consolidó el 01 de mayo de 2000. Luego, realizó un recuento de lo establecido en la Ley 33 de 1985 y lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 art. 36 inciso 3 y el parágrafo No. 4 del Acto Legislativo 01 de 2005. Concluyó, que de acuerdo a las semanas cotizadas se deduce que la liquidación se efectuó con base a los 10 últimos años anteriores al reconocimiento de ésta, razón por la cual no hay lugar a reliquidar la prestación económica. Propuso las excepciones de falta de Jurisdicción y competencia, inexistencia de las obligaciones reclamadas, improcedencia para reliquidar la pensión de jubilación y prescripción.	
--	--

iv. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

PARTE DEMANDANTE	PARTE DEMANDADA
Min: 56:45 DVD, se ratifica en lo solicitado en la demanda y cita el precedente jurisprudencial del Tribunal Administrativo de Sucre y del Consejo de Estado C.P. Dr. Luis Rafael Vergara en aplicación del criterio unificador en sentencia de agosto de 2010, con relación a la inclusión de los factores salariales a tener en cuenta al momento de reliquidar la pensión de jubilación establecidos en la Ley 33 de 1985. Finalmente, solicita que se concedan las pretensiones de la demanda. Finaliza Min: 01:05:43.	Min: 01:09:56, confirma los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en la contestación de la demanda. Reitera, que la parte actora tiene derecho a la reliquidación de la pensión con respecto a los postulados establecidos en el Decreto 758 de 1990, en virtud del principio de favorabilidad y teniendo en cuenta la condición más beneficiosa al respecto, toda vez que aplicando la Ley 33 de 1985, arroja una tasa de reemplazo del 75%, del cual resulta más favorable el Acuerdo 049 modificado por el Decreto

	758 de 1990. Por último, solicita que al momento de dictarse sentencia absuelva a la entidad demandada de cada una de las pretensiones de la demanda. Finaliza Min: 01:12:35.
--	--

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 procedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora, pues según sus argumentos no le fueron incluidos todos los factores salariales devengados durante el año de servicio anterior al status de pensionado.

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 000946 del 26 de mayo de 2000, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a la actora¹⁶. • Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante¹⁷ • Certificado salarial de fecha 02 de marzo de 2011 expedido por el Hospital Universitario de Sincelejo.¹⁸ • Copia del derecho de petición de 27 de noviembre de 2013 radicado ante la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, por medio del cual se solicitó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez.¹⁹ • Copia del trámite notificadorio de la Resolución No. GNR 201923 de 05 de junio de 2014.²⁰ • Copia de la Resolución No. GNR 201923 de 05 de junio de 2014, por medio del cual se negó la reliquidación pensional.²¹ • Copia del oficio de radicado de los recursos presentados por la actora ante Colpensiones.²²

¹⁶ Fl. 13
¹⁷ Fl.14
¹⁸ Fl.15
¹⁹ Fl.16-18
²⁰ Fl.20
²¹ Fl.21-22

- Copia del recurso de reposición en subsidio de apelación contra la Resolución No. GNR-201923 de 05 de junio de 2014²³.

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

Que la actora prestó sus servicios en el Hospital Universitario de Sincelejo, en el cargo de Operario de Servicios Generales, desde el 27 de mayo de 1981 hasta el 31 de octubre de 2003.

Que efectivamente, le fue reconocida la pensión de vejez por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a través de la Resolución No. 000946 de 26 de mayo de 2000, liquidada conforme a 604 semanas cotizadas y un ingreso base de liquidación de \$348.257 por valor de \$260.100, a partir del 2 de mayo de 2000.

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 de edad, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de la señora SAUDITH DE LAS MERCEDES ORTIZ GONZALEZ²⁴. 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. Lo cual se encuentra ratificado, en la Resolución GNR 201923 de 5 de junio de 2014²⁵, en la cual se indica *“el asegurado al 1 de abril de 1994 acredita 49 años de servicios y/o cotizaciones (750 semanas) razón por la cual conserva el régimen de transición.”*

Que teniendo en cuenta el certificado de salarios, expedido por Hospital Universitario de Sincelejo el 02 de marzo de 2011²⁶ y suscrito por la Líder de Talento Humano de la entidad, la actora devengó entre el año 1981 a 2003, los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Prima de Servicio, Prima de Navidad, Auxilio de Alimentación, Auxilio de Transporte, Prima de Vacaciones, Bonificación por Servicios Prestados y Domingos- festivos.

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 Estado²⁷, y ratificadas en recientes jurisprudencias de esa misma Corporación²⁸, 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

²² Fl.23

²³ Fl. 24-30

²⁴ Fl. 14

²⁵ A través de la cual se negó a la actora la reliquidación de la pensión de vejez.

²⁶ Fl. 15

²⁷ 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.

²⁸ 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.

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,.

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*²⁹.

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

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

Que se compartirán las razones expuestas por el Tribunal Administrativo de Sucre³⁰, que a través de recientes jurisprudencias se ha apartado igualmente de la tesis adoptada por la Corte

²⁹ Sentencia Corte Constitucional; expediente T-3.813.492, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

³⁰ 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.

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 SAUDITH DE LAS MERCEDES ORTIZ GONZALEZ, 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 perteneció la demandante, como Operario de Servicios Generales en el Hospital Universitario de Sincelejo.

Visto lo anterior, el

ii.ii. 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:

- 1.-¿Efectivamente se conserva la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados?
- 2.-¿Se prueba la calidad de beneficiaria de la actora de la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985 solicitada por la parte demandante?
- 3.-¿Efectivamente la Ley 33 y 62 de 1985 son las normas más favorables para el caso de la actora sobre el Acuerdo 049 de 1990 que se le aplicó en el momento en que se le liquidó la pensión?

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

PARTE DEMANDANTE	PARTE DEMANDADA
Que la actora le asiste el derecho a que le sea reliquidada, la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional.	Que la pensión de jubilación de la actora, fue reconocida bajo los presupuestos señalados en el Acuerdo 049 de 1990 aprobada mediante Decreto 758 y liquidada conforme a lo establecido en el art 36 inciso 3º, sin que puedan tomarse otros factores contenidos en normas anteriores, más allá si se es o no beneficiario del régimen de transición.
LA UNIDAD JUDICIAL, sostendrá	
No, efectivamente no se conserva la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.	
Sí, se prueba la calidad de beneficiaria de la actora de la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985 solicitada	

por la parte demandante?

Sí, efectivamente la Ley 33 y 62 de 1985 son las normas más favorables para el caso de la actora sobre el Acuerdo 049 de 1990 que se le aplicó en el momento en que se le liquidó la pensión.

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, por lo que atendiendo el precedente jurisprudencial y realizado el cálculo de la pensión de vejez reconocida y el monto obtenido en aplicación de los factores recibidos por la actora en el momento de adquirir su status pensional, se accederá a las pretensiones de la demanda al resultar la actora beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley de 1993.

ii. Utilizando como sub-argumentos,

MARCO NORMATIVO/JURISPRUDENCIAL

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

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

El Art. 36 de la ley 100 de 1993³¹ 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 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 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años, teniendo en cuenta que nació el 18 de mayo de 1944³², 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. 1º se lee:

"Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

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

³¹ "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."

³² Folio 14

(...)

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 – 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 recibe 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 A³³ 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 Ardila³⁴

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.

³³ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Radicación No 76001-23-31-0002009-241. C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁴ 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)

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

Al respecto señaló lo siguiente:

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

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

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

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

La sentencia C-258 de 2013, estudia la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es decir, el régimen pensional de Representantes a la Cámara y Senadores, extensivo a Magistrados de Altas Cortes (artículo 28 del Decreto 104 de 1994) y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación (artículo 25 del Decreto 65 de 1998), el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 25 del Decreto 682 de 2002). Las palabras mismas de la sentencia en estudio lo dicen en el aparte final del numeral 4.1.1., Alcance del control constitucional rogado de las leyes, que fijó el alcance del control ejercido en la misma, expresó:

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

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

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

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

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

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

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

Entonces, la Sala debe puntualizar en el mismo estándar de racionalidad seguido a lo largo de esta sentencia de unificación, que el referido Acto Legislativo 1 de 2005, modificadorio del artículo 48 de la Carta Política, precisó en el parágrafo 1º que, “A partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones 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.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. APLICABILIDAD DE LA LEY 33 DE 1985 Y EL ACUERDO 049 MODIFICADO POR EL DECRETO 758 DE 1990, FRENTE AL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. CONDICION MÁS BENEFICIOSA.

Frente al principio de favorabilidad, aplicable a la reliquidación pensional de los empleados del sector público, el Tribunal Administrativo de Sucre reciente pronunciamiento³⁵, en caso relacionado, consideró que debe realizarse un estudio detallado de las normas que regulan el sistema pensional, esto es, la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993 y establecer cuál de ellas resulta ser más favorable para la parte demandante, sin que afecte la prestación económica inicialmente reconocida por la entidad demandada, es decir, que el cálculo que se realice para

³⁵ Sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre de fecha 31 de agosto de 2016, exp. 2014-00091-00, dte Rosalba Piña de Figueroa en contra de Colpensiones.

determinar la reliquidación pensional, no esté por debajo del valor previamente reconocido, puesto que resultaría menos beneficioso para la pensionada.

En consecuencia, frente al caso analizado por la Corporación, se decide revocar la sentencia de primera instancia, al considerar, que no puede afirmarse tajantemente, que la presencia de los factores salariales pretendidos en la reliquidación, favorezcan a la demandante, si no que por el contrario una vez realizado el cálculo matemático, se evidencia que es más beneficioso con el Acuerdo 049 modificado por el Decreto 758 de 1990, que la Ley 33 de 1985.

Al respecto, señaló en la sentencia lo siguiente:

“Sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición pensional, previsto en la Ley 100 de 1993, que hayan laborado en una entidad estatal afiliada al I.S.S., se cita la sentencia techada 6 de octubre de 2011¹², proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se precisó:

‘En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora / Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada,

correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones."

Anotándose, que tal principio de favorabilidad, a su vez, implica considerar el quantum pensional, a efectos de no vulnerar la condición más favorable del trabajador, siempre y cuando, claro está, se hayan probado los factores salariales que harían la diferencia."

Con base a la jurisprudencia mencionada, es evidente que frente a la reliquidación pensional, es imposible desconocer el principio de favorabilidad, por el contrario, se debe analizar las normas vigentes para el caso concreto y establecer cuál resulta ser más beneficiosa para la parte demandante, para ello, se debe proceder a realizar un cálculo matemático tomando los preceptos consagrados en la Ley 33 de 1985 y lo establecido en la Ley 100 de 1993, con el fin de hacer una confrontación y así determinar la favorabilidad en el presente asunto, obteniendo el siguiente resultado:

PROMEDIO FACTORES SALARIALES AÑO 1999-2000			
	1999	2000	
SUELDO BASICO	315.004,00	359.105,00	
AUXILIO DE TRANSPORTE	20.700,00	24.012,00	
AUXILLIO DE ALIMENTACION	18.653,00	21.451,00	
PRIMA DE VACACIONES 1/12	16,587,75	18.936,58	
PRIMA DE NAVIDAD 1/12	414694/12	39.451,17	
PRIMA SERVICIO 1/12	367482/12	34.960,92	
BONF. SERV. PREST	157502/12	14.962,67	
TOTALES	370.944,75	512.879,33	
MESES LABORADOS	8	4	
TOTAL DEVENGADO ANUAL	2.967.558,00	2.051.517,33	
INGRESO BASE DE LIQUIDACION	418.256,28		
PORCENTAJE PENSION	75%		
VALOR PENSION	313.692,21		

De esta manera, una vez verificado la información que figura en el acto administrativo Resolución No. 000946 de 26 de mayo de 2000, por medio de la cual el Instituto de Seguros Sociales-ISS hoy Colpensiones reconoció la pensión de vejez a la señora SUADITH DE LAS MERCEDES ORTIZ GONZÁLEZ, se vislumbra que la misma parte de un IBL de \$348.257, mientras que con la liquidación realizada teniendo en cuenta los factores salariales de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, se observa que el IBL tomado es de \$418.256,28, arrojando un valor en la mesada pensional de \$313,692,21, la cual está muy por encima a la prestación económica reconocida previamente por la entidad demandada por el valor de \$260.100. En consecuencia, resulta más beneficioso para la parte interesada, la

aplicación de los parámetros contemplados en la Ley 33 de 1985, que el Acuerdo 049 modificado por el Decreto 758 de 1990.

Sirvan las anteriores consideraciones para declarar no probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, improcedencia para reliquidar la pensión de vejez, propuestas por la entidad demandada Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

III. PRESCRIPCIÓN

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

En el caso bajo estudio, para el caso de la señora Rosa María Suarez Mendoza, se le reconoció la pensión de jubilación el día 26 de mayo de 2000 a través de la Resolución N° 000946, fecha a partir de la cual nació su derecho de solicitar la reliquidación de dicha acreencia. La prescripción de las mesadas pensionales se interrumpe por una sola vez, (el término de prescripción de los tres -3- años), en el caso que nos ocupa se tendrán en cuenta a partir de la presentación de la solicitud de reliquidación de la pensión demanda radicada el 27 de noviembre de 2013³⁶, por lo que se decretará la prescripción trienal con anterioridad al 27 de noviembre de 2010.

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 27 de noviembre de 2010, eso al respecto del Sistema General de Pensiones, tanto al general como al particular de la actora.

EN SÍNTESIS:

Hechas las anteriores precisiones, se concederán las pretensiones de la demanda, para lo cual se declarará la nulidad absoluta del acto administrativo No. GNR-201923 de 05 de junio de 2014 y del acto ficto o presunto con ocasión al silencio de la administración frente a la petición de fecha 27 de junio de 2014 y como consecuencia, se ordenará a la parte demandada a reliquidar la pensión de vejez de la actora con la inclusión de los factores devengados por la actora durante el último año de servicio tales como: i) Prima de servicio, ii) prima de navidad, iii) Auxilio de alimentación, iv) auxilio de transporte, v) prima de vacaciones, vi) bonificación

³⁶ Fl.16-18

por servicios prestados y vii) domingos y festivos. Las sumas a favor de la accionante se deberá indexar de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), conforme al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, aplicando la siguiente fórmula que viene siendo utilizada por esta Jurisdicción y cuyo objeto es traer a valor presente los valores a pagar:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es la cantidad a pagar, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de este fallo), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debería hacerse el pago). Asimismo, se advierte que tratándose de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos. Además deberán tenerse en cuenta todos los ajustes de Ley.

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 y por último, ante la prosperidad de la prescripción trienal, se tasan para el pago en costas en un 10% de lo reconocido en esta providencia, de acuerdo al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

V. PARTE RESOLUTIVA.

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

F A L L A:

PRIMERO: Declárense no probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, improcedencia para reliquidar la pensión de vejez, propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: Declárese la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en la Resolución No. GNR 201923 de 05 de junio de 2014 expedida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” y la nulidad absoluta del acto ficto o presunto por medio del cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación en contra de la Resolución No. GNR 201923 de 05 de junio de 2014, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: Para restablecer el derecho, ante la nulidad del acto administrativo demandado, **CONDENASE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a reliquidar la pensión de vejez de la actora con la inclusión de los

factores devengados por la actora durante el último año de servicio tales como: i) Prima de servicio, ii) prima de navidad, iii) Auxilio de alimentación, iv) auxilio de transporte, v) prima de vacaciones, vi) bonificación por servicios prestados y vii) domingos y festivos. Las sumas aquí reconocidas se deberán indexar de acuerdo con la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia

CUARTO: Decrétese probada la excepción propuesta por la entidad demandada de prescripción trienal de las mesadas a reajustar causadas con anterioridad al 27 de noviembre de 2010, teniendo en cuenta que al momento de hacerse la liquidación, se tendrá que contabilizar dichos factores salariales desde el momento mismo en que se adquirió el derecho pensional y serán pagaderas, sólo las posteriores a las fechas allí enunciadas. Tal como se motivó.

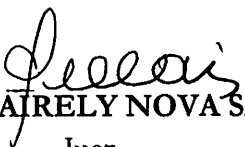
QUINTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios del inciso tercero Art. 192 de la Ley 1437 de 2011.

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

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

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

NOTIFÍQUESE,


LISSETTE MAIRELY NOVA SANTOS
Juez

OUTP.