



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

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

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-31-003-2015-00032-00
Demandante: Rosa Edith Pérez Arias.
Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social

Tema: Régimen de Transición de la Ley 33 de 1985 - Factores salariales establecidos legalmente y que conforman la base de liquidación pensional

SENTENCIA N° 37

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. Partes.

- Demandante: ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.218.763, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social U.G.P.P.

¹ Folio 49.del Expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones N° RDP 002405 del 11 de mayo de 2012 y RDP 027692 de 10 de septiembre de 2014, por medio de las cuales la entidad demandada negó reconocer a la señora ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, una pensión de jubilación en los término de la ley 33 de 1985.

SEGUNDO: Que, como consecuencia de la declaración anterior se ordene a la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social U.G.P.P, el restablecimiento del derecho

TERCERO: Que, el régimen pensional aplicable a la señora ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, es el establecido en la ley 33 DE 1985, toda vez que conserva el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

CUARTO: Que, se indexe el valor de las mesadas, primas y demás emolumentos adeudados hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las mesadas pensionales a favor de la demandante.

QUINTO: Que, se pague los intereses moratorios, de conformidad con los preceptuado por el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

SEXTO: Que la sentencia que se profiera en la presente demanda, ordene el pago de agencias en derecho, gastos y costas procesales a los demandados, si estas llegaren a causarse.

1.1.3. HECHOS.

Indica, que fue empleada del Departamento de Sucre- Institución Educativa Heriberto García Garrido de Toluviéjo, desde el 17 de enero de 1980 hasta el 30 de Septiembre de 2012; tiempo equivalente a 32 años 5 meses y 24 días de servicios las cuales fueron aportada a Cajanal hoy UGPP.

Argumenta que, se le reconoció pensión de jubilación a través de la resolución RDP 002405 del 11 de mayo de 2012, en dicho acto administrativo se dispuso conceder la pensión con fundamento en el artículo 33 de la ley 100 de 1993.

Menciona que, la entidad demandada en la resolución referida, tomó como ingreso base de liquidación (IBL) regulado por el artículo 21 de la ley 100 de 1993, el salario de los últimos 10 años de servicios.

Expresa que, el día 30 de julio de 2014, le solicitó a la entidad demandada, la revocatoria directa de la resolución N° RDP 02405 del 11 de mayo de 2012, la cual fue resuelta a través de la resolución RDP 027692 del 10 de septiembre de 2014, negándole la reliquidación.

Por último, dice que es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho a que se le aplique el régimen anterior al que se encontraba afiliada, esto es la ley 33 de 1985 y no la ley 797 de 2003.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos:

Legales y constitucionales: artículo 53 de la constitución política, Art 1 de la ley 33 de 1985, art 36 de la ley 100 de 1993.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Trae a colación la Sentencia del Consejo de Estado de fecha 2 de marzo de 1979, expediente N° 1965 con ponencia del Magistrado el Dr. Samuel Buitrago hurtado, en que indica que, el derecho a pedir una pensión de jubilación no prescribe, por que tratándose de un derecho vitalicio subsiste la acción correspondiente durante la vida del titular, lo que prescriben son la mesadas pensionales dentro del término establecido por la ley. En ese orden de ideas, si el derecho pensional no se extingue no puede aplicarse tampoco el fenómeno prescriptivo a los factores que constituyen parte integrante del derecho y es aplicable el aforismo de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, el salario es factor esencial para el reconocimiento de la pensión, luego su tasación es imprescriptible como lo es el derecho mismo a la pensión y por lo tanto cualquier factor salarial que se hubiese omitido al determinar la liquidación de la prestación puede reclamarse en cualquier tiempo.

Igualmente menciona de ese alto Tribunal la Sentencia de 23 de marzo de 1979, expediente N° 2049 de la Sección Segunda, en el cual dice que, *“ si el derecho de reclamar la pensión de jubilación es imprescriptible, en cualquier momento puede reclamarse igualmente el reajuste del salario básico ”*.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 5 de marzo de 2015, fue presentada en la oficina judicial la demanda.²
- La demanda fue admitida a través de auto de fecha 12 de marzo de 2015³.

² Folio 32 del expediente.

³ Folio 60 del expediente.

- La demanda fue notificada a las partes a través de correo electrónico número 021 de fecha 13 de marzo de 2015.⁴
- La entidad demandada la Unidad Especial Administrativa De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social, con fecha de 26 de mayo de 2015, contestó la demanda dentro del término legal.⁵
- El día 21 de octubre de 2015, a través de Secretaría del Despacho, se corrió traslado de las excepciones presentadas por las entidades demandadas a la parte demandante.⁶
- A través de auto de fecha 15 de febrero de 2016, se fijó fecha a audiencia inicial⁷ para el día 9 de junio de 2016.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁸.

LA UNIDAD ESPECIAL ADMIRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P

Indican que, se oponen a todas las pretensiones formuladas por la parte accionante, por carecer estas de fundamento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad.

En consideración a los hechos argumentan:

- Que el hecho primero y segundo son ciertos.
- Que el hecho tercero no es cierto.
- Que el hecho cuarto y quinto, no son hechos son simple apreciaciones jurídicas y supuestos de derechos.
- Que el hecho sexto es cierto
- Con respecto a los hechos séptimo, octavo y noveno, manifiestan que no son hechos, pues no corresponden a supuestos facticos por lo que son simples.

Radica su defensa, que la liquidación efectuada es la más favorable, razón por la cual se reconoció la pensión de vejez con base a ley 100 de 1999, además indica que no solo se reconoció la condición más favorable sino que también todas las leyes vigentes aplicables para el caso.

Además propuso las siguientes excepciones:

⁴ Folios 61 del expediente.

⁵ Folios 108 – 115 del expediente

⁶ Folio 120 del expediente

⁷ Folio 126 del expediente.

⁸ Folios 108-115 del expediente.

- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION**

Señala que la demandante se encuentra amparada por la ley 797 de 2003 y los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación son los señalados en dicha ley y sus decretos reglamentarios, los cuales no contempla todos los factores salariales, sino únicamente los que se encuentra descritos en la norma señalada.

- **PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD:**

La entidad demandada alega que, la reliquidación hecha fue tomada con relación a las decisiones que lo fundamenta, atendiendo la normatividad legal y vigente aplicable a la actora y atendiendo el principio de favorabilidad.

- **BUENA FE.**

La entidad demandada ha actuado con amparo a la ley 100 de 1993; la ley 707 de 2003 y demás normas concordante como de los criterios jurisprudenciales existente sobre el tema.

- **PRESCRIPCIÓN:**

Manifiesta que de resultar probado los argumento de la parte demandante, deberá declararse la prescripción trienal, precisando que el término prescriptivo se contabilizará a partir del momento en que se hizo exigible la obligación hasta su respetiva interrupción de acuerdo a los parámetros consignados en el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 y 102 del decreto 1848 de 1969

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE⁹:

La parte demandante inicia su intervención manifestando que, se ratifica en todos los hechos y pretensiones presentadas en la demanda.

Alega que, a su poderdante al momento en que la entidad demanda le reconoció su pensión de vejez, no le incluyó todos los factores salariales que esta devengaba en el último año de servicio, toda vez que ella, estaba cobijada con el régimen de transición, por lo que le era aplicable las normas de que tratan la ley 33 de 1985 modificada por la ley 62 del mismo año.

De acuerdo a las tesis expuestas por los Juzgados Administrativos de esta ciudad, y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Sucre, quienes acogen la tesis sostenida por el

⁹ Folio 117 del expediente

Honorable Consejo de Estado, en sentencia del mes de agosto de 2010, donde se establece que se le debe liquidar la pensión de vejez, a la actora con todos los factores salariales que devengada en el último año de servicio siempre que resulte aplicable la ley 33 de 1985.

Por lo anterior, solicita se acojan las pretensiones de la demandante y se condene a la entidad demandada al reconocimiento de la reliquidación de pensión con la inclusión de todos los factores salariales que devengó la actora durante su último año de servicio.

1.4.2. PARTE DEMANDADA - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P ¹⁰:

Por su parte el apoderado de la entidad demandada, argumenta que efectivamente la entidad que representa reconoció a la demandante pensión de jubilación a partir del 01 de diciembre de 2011 con un monto \$670.757 correspondiente a un 79.71% del IBL, con un total de 1634, semanas cotizadas el sistema general de pensiones.

Expresa que, este es un caso particular, toda vez que se le reconoció la pensión a la señora ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, con un monto más favorable, a lo establecido en la ley 33 de 1985, pues al momento de que se le reconociera la pensión, estos es el 1 de diciembre de 2011, estaba vigente la ley 797 de 2003.

Por último, declara que la entidad que representa reconoció la pensión de jubilación dentro de los parámetros establecidos en la ley, por tal motivo solicita despachen de manera desfavorable las pretensiones de la demanda

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

¹⁰ Folio 117 del expediente

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad parcial de la resolución No. RDP 02405 de fecha 11 de mayo de 2012 que reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez, por valor de \$ 670.757 y la Resolución RDP 027692 del 10 septiembre de 2014, la cual no accedió a la solicitud de revocatoria directa, ambas resoluciones fueron expedidas por LA SUBDIRECTORA (E) DE DETERMINACIÓN DE DERECHO PENSIONALES UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL U.G.P.P.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si a la demandante le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación que le fue reconocida mediante resolución RDP 002405 de 11 de mayo de 2012, teniendo en cuenta todos los factores salariales, devengados durante el último año de servicio

Para dar respuesta al anterior interrogante, se abordara los siguientes temas: i) La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma norma, ii) Factores salariales establecidos legalmente y que conforman la base de liquidación pensional de los empleados del sector publico beneficiarios del régimen de transición y iii) El caso concreto.

2.4. LA VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES CONSAGRADO EN LA LEY 100 DE 1993 Y LA APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 A QUIENES GOZAN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:

Como bien lo ha afirmado el Honorable Tribunal de la Jurisdicción Administrativa de Sucre, en múltiples fallos, 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.

Es así que el artículo 36 de la ley 100 de 1993, trae consigo los presupuestos para la aplicación del régimen de transición al indicar.

“ARTICULO. 36. *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.” (Negrillas fuera de texto).

...

Por su parte el artículo 151 de la misma normatividad ilustra sobre la vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel territorial, hasta tanto lo determine la autoridad gubernamental, lo que deberá ocurrir a más tardar el 30 de junio de 1995.

En ese orden, el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no consagra un sistema pensional como tal, sino que permitió y permite el efecto en el tiempo de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad¹¹ en aras de hacer efectivo el respeto a las expectativas legítimas.

Para el caso de los empleados del sector público¹², la norma aplicable es la ley 33 de 1985, que exige para acceder la pensión de vejez 55 años, 20 años de servicios y un monto de la mesada equivalente al 75% del ingreso base de liquidación, sin consideración al ente gestor o entidad pública encargada del reconocimiento pensional, eso sí, respetando igualmente la transición que establece la ley 33 de 1985 y que permite en casos muy específicos la aplicación de la ley 6ª de 1945.

El H. Consejo de Estado refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos, ha señalado:

“Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes para el 1º de abril de 1994 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación. Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la norma legal y por tanto debió aplicársele el régimen anterior. Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 13 de octubre de 1993. La aplicación del régimen

¹¹ Para el sector público el Sistema General de Pensiones entro en vigencia el 30 de junio de 1995

¹² Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial.

anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993”¹³

En igual sentido la Corte Constitucional en Sentencia 596 de 1997, precisó:

“...El beneficio de la transición consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se exigían en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley 100 de 1993. Por lo tanto estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rigen por la nueva ley (ley 100 de 1993), sino por las disposiciones que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley.” (Subrayado fuera del texto).

De las anteriores citas jurisprudenciales, se puede extraer, los elementos que forman parte del régimen de transición pensional y que benefician a quienes se encuentran cobijados por el mismo, son: **el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión, incluido el ingreso base de liquidación.**

Manifiesta la ley 33 de 1985 en su artículo 1, prevé:

“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 años (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.

(...)”. (Negrillas de la Sala).

En igual sentido la mencionada normativa, contempla los parámetros fijados para liquidar la pensión de jubilación, y los factores a incluir, para tal efecto dispone el artículo 3º modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985:

“ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la 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.(Negrillas pertenecientes a la Sala).

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda, expediente 76001-23-31-000-2002-01420-01(5852-05). 7 de Junio de 2007. CP. Alejandro Ordoñez Maldonado. Demandado: Cajanal.

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.”.

El Honorable Consejo de Estado¹⁴, refiriéndose al ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, ha manifestado que este hace parte del monto de la pensión de vejez, de tal suerte que, el ente gestor al aplicar la tasa de remplazo, no debe aplicar la preceptiva de la ley 100 de 1993, sino la que disponga la norma que por vía transicional corresponda. Lo anterior, por cuanto liquidar la pensión tomando el monto de una norma y la base de liquidación de otra, sería vulnerar el principio de inescindibilidad normativa.

La tesis anterior que, se extrae de los pronunciamientos efectuados por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ha encontrado eco en la jurisprudencia que por vía de tutela ha construido la Corte Constitucional, quien acerca del IBL, del régimen de transición en sentencia T- 631 del 8 de agosto de 2002¹⁵ expuso:

“El monto de la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje. No se puede entender el uno sin el otro. Esa base, en la teoría de la seguridad social, se denomina indistintamente como base reguladora, haber regulador, salario jubilatorio o haber jubilatorio. La ley puede fijar el promedio para la base regulatoria de maneras diferentes. Lo fundamental es que cuando el promedio corresponda a un promedio reducido se suele tomar lo ingresado, y, si la base regulatoria es amplia, se actualiza según cómo evolucionen los precios o los salarios.

La ley 100 de 1993 estableció la base regulatoria para el régimen ordinario de las pensiones, bajo la denominación de Ingreso Base de Liquidación. Señaló que se liquidará teniendo en cuenta “el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez años anteriores al reconocimiento de la pensión...” (Artículo 21). Pero, tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes”

De tal suerte que, siendo IBL parte integrante del monto de la pensión, la mesada debe ser liquidada tanto en su monto como en su base salarial con fundamentos en la norma que por beneficio de transición corresponda.

Por lo dicho, es claro, dado que la normativa aplicable es la Ley 33 de 1985, es a esta a la que hay que acudir para efectos de determinar el salario base de liquidación, habida cuenta que es la norma jurídica vigente a la fecha de consolidación del derecho a la pensión del actor; por lo tanto, la aplicable en el sub judice.

¹⁴ Ver entre otras las siguientes sentencias de la Sección Segunda: Sentencia del 16 de febrero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04). Sentencia del 23 de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04). Sentencia del 26 de enero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2002-05558-01(2985-05)

¹⁵ Criterio que reiteró en la sentencia T-180 de 2008, donde se expone que la fórmula de cálculo del ingreso base de liquidación prevista en el inciso tercero del Art. 36 de la ley 100 de 1993, tiene un carácter supletorio, la cual solo puede ser aplicada cuando el régimen especial no contempla una técnica específica para liquidar la mesada pensional.

2.5. FACTORES SALARIALES A TENER EN CUENTA PARA LIQUIDAR LA MESADA PENSIONAL.

Con relación a los factores para liquidar la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, el H. Consejo de Estado ha sostenido en Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010 expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), unificando criterio de la inclusión de todos los factores devengado en el último año de servicio en la base de liquidación de la pensión de jubilación, los siguientes argumentos:

“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. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

.....

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.

.....

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.

.....

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” (subrayado fuera del texto)

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en aplicación de su línea consolidada, reiteró:

“La inclusión de los factores para determinar 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, M.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que la preceptiva contenida en el artículo 1 de en la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan”¹⁶

Así las cosas, la pensión de vejez y/o jubilación regulada por transición, se liquida en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador como contraprestación directa de su labor, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, pero si existieran factores sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá incluirlo efectuando el descuento o compensación a que haya lugar.

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, se pasa a estudiar:

2. CASO CONCRETO:

Para el caso concreto se observa que la actora adquirió el estatus de pensionada a partir del 05 de diciembre de 2007, lo cual se vislumbra de la lectura misma del acto administrativo que le reconoció y ordenó inicialmente el pago de su pensión (folios 38 a 42 del cartulario).

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección II, sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente número: 15001-23-31-000-2008-00188-01(1505-11)

Así las cosas, para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la demandante contaba con más de 20 años de servicio y con más de 35 años, razón por la cual, la pensión de la accionante se encuentra regulada por las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicable en virtud del régimen de transición establecido de la Ley 100 de 1993, no obstante al momento de liquidar la mencionada pensión no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengaba durante su último año de servicio.

Una vez analizado el *sub judice* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, se precisa que, se encuentra debidamente probado que a la señora ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social, U.G.P.P a partir del 1 de diciembre de 2011, teniendo en cuenta para su reconocimiento y pago el contenido del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, liquidándosele la misma con base en un ingreso base de liquidación de \$670.757 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 79.71%, teniéndole como fundamento la asignación básica de los últimos 10 años de servicios, tal como se desprende de la comparación entre la resolución N° 002405 del 11 de mayo de 2012 por medio de la cual se reconoció pensión de vejez a la demandante y del certificado laboral sobre los montos devengados por la señora ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de la Gobernación de Sucre¹⁷

Pues bien, se tiene por demostrado que en el último año de servicios de la señora ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, le fueron cancelados, según certificación expedida por el Asesor del Programa de Recursos Humano, de la Secretaría de Educación Departamental de la Gobernación De Sucre¹⁸, además de la asignación básica, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestado, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad.

Decantado lo preliminar se llega a la certeza que la entidad demandada a través de la resolución que N° 002405 del 11 de mayo de 2012, que reconoció la pensión de vejez, transgredió las directrices establecidas en la norma, pues no tuvo en cuenta algunos factores salariales devengado por la demandante en el último año de servicio.

Ahora bien, para el momento de liquidar la pensión, se debe incluir todos los factores salariales que percibió en su último año de servicio el beneficiario, con la advertencia de que se excluirían aquellos que no constituyan salarios, pues existen pagos que a pesar de ser reconocidos en forma habitual, no son de naturaleza salarial, por no corresponder a la

¹⁷ Folios 37.

¹⁸ Folio 37.

retribución directa del servicio, lo que significa que, no todo aquello que percibe el trabajador en forma habitual constituye salario.

De acuerdo a ello, no se debe tener en cuenta en *sub lite*, para liquidar la pensión, LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS¹⁹, toda vez que al momento de retirarse del servicio la demandante, los empleados territoriales como lo fue la señora ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, no tenían derecho a dicha prestación.

Igualmente, no se reconocerá la PRIMA DE SERVICIO, que en su momento fueron canceladas a los empleados de orden departamental, ya que esta fue creada por la Asamblea Departamental de Sucre, bajo la ordenanza N° 08 de 1985 y la ordenanza N° 08 de 1999, siendo las misma declaradas nulas por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, mediante sentencia de 22 de mayo de 2008, dado que esa Duma, no tenía competencia para ordenar ese pago. Esta prima de servicio, está siendo cancelada a los empleados del orden territorial desde el año 2015, por disposición del Decreto 2351 de 2014.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo RDP N° 002405 del 11 de mayo de 2012 y nulidad total de la resolución N° RDP del 10 septiembre de 2014, y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación de la demandante la señora ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, teniendo en cuenta los factores de ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, AUXILIO DE TRANSPORTE, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD, devengados en el último año de servicios, es decir hasta el 30 de septiembre de 2012.

El monto de la pensión, se establece en un porcentaje del 75% del promedio total de dichos factores, sin consideración si sobre ellos se hicieron aportes o no, o si la entidad territorial efectuó descuento para el efecto. No obstante, en caso de no haberse aportado o realizado descuento, la entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar²⁰.

Por tanto, el restablecimiento del derecho se concretará así: a) la parte demandada deberá realizar la reliquidación de acuerdo con lo dicho, y la correspondiente mesada deberá reajustarla de acuerdo con la ley; b) luego de lo anterior, deberá descontar de la suma que resultare de la liquidación, las sumas de las mesadas pensionales pagadas; c) la diferencia insoluta deberá indexarla en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, de acuerdo

¹⁹ Esto en virtud del Decreto 1919 de 2002, pero con la sentencia C-402 de 2013, que declaró la exequibilidad del Decreto 1042 de 1978, esta remuneración solo era para los empleados del orden nacional y no del orden territorial, los cuales tienen derecho a partir del Decreto 2418 de 2015, fecha para la cual la actora ya estaba retirada del servicio.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

con el Índice de Precios al Consumidor y la siguiente fórmula utilizada para estos eventos por el H. Consejo de Estado que deberá aplicarse mes por mes para cada mesada:

$$\begin{array}{c} \text{ÍNDICE FINAL} \\ R = RH \times \text{-----} \\ \text{ÍNDICE INICIAL} \end{array}$$

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.

4.1. De las excepciones:

La **PRESCRIPCIÓN** constituye un modo de extinguir las obligaciones y en materia laboral, opera por regla general al cabo de los tres años siguientes a la fecha en que se hace exigible el correspondiente derecho, y se interrumpe desde cuando el interesado exige su reconocimiento y pago ante la administración (Art. 102 del Decreto 1848/69, art. 41 Decreto 3135 de 1968).

En el sub júdice no se configura la prescripción, toda vez que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, surgió a partir del reconocimiento de dicha prestación mediante la Resolución N° 002405 del 11 de mayo de 2012, y la demanda fue presentada el **5 de marzo de 2015**. En consecuencia, a la demandante se le ha extinguido el derecho a reclamar la reliquidación de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **5 de marzo de 2012**.

Al respecto de las excepciones de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD, DE LOS ACTOS DEMANDADOS, BUENA FE**, estas fueron desarrolladas al tiempo que se verificó el derecho aquí reclamado, de manera que al encontrarse no probadas se resolverán su improsperidad en la parte resolutive de este asunto.

5. CONCLUSIÓN

El problema jurídico indicado inicialmente será positivo por cuanto la señora ROSA EDITH PÉREZ, ARIAS, tiene derecho a que le sean reliquidada su pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

6. CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

5. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE no prosperas las excepciones de, **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS DEMANDADOS, BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE LA NULIDAD PARCIAL de acto administrativo contenido en la **Resolución No. 02405 del 11 de mayo de 2012**, proferida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G..P.P, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados a la señora ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, durante el último año en servicios.

TERCERO: : DECLÁRESE la nulidad absoluta de la resolución N° 027692 de 10 de septiembre de 2014 proferida UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G..P.P, que resolvió no acceder a la solicitud de revocatoria directa.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, se **ORDENA** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida a la señora ROSA EDITH PÉREZ ARIAS, con base a lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo **LA ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA VACACIONAL, PRIMA DE NAVIDAD Y AUXILIO DE TRANSPORTE.**

QUINTO: CONDENASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación del actor, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

SÉPTIMO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ