



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-2015-00081-00.
Demandante: Felipe Eusebio Romero Paternina.
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° 39

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: **FELIPE EUSEBIO ROMERO PATERNINA**, identificado, con la cédula de ciudadanía No. 6.816.710, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado. **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**

¹ Folio 1 expediente N° 1.

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 007129 del 28 de febrero de 2014, por medio de la cual desconocieron y negaron los factores salariales correspondiente a la pensión de jubilación

SEGUNDO: Que se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 010942 del 2 de abril de 2014, que resolvió el recurso de reposición, confirmando la primera resolución.

TERCERO: Que se declare la nulidad de la resolución N° RDP 012971 del 24 de abril de 2014, que resolvió el recurso de apelación confirmando lo decidido en recurso de reposición.

CUARTO: Que declare la nulidad del auto ADP 0108339 del 7 de noviembre de 2014, que archiva la petición de reliquidación desconociendo y negando los factores salariales correspondiente a la pensión de jubilación.

QUINTO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se le reconozca y ordene pagar su pensión en cuantía de \$ 4.075.332, efectiva a partir del 4 de febrero de 2009.

SEXTO: Que se condene a la entidad demandada a pagar la pensión mensual vitalicia, equivalente al 75% por la totalidad de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de servicio oficial.

SÉPTIMO: Que se ordene liquidar y pagar a favor del actor las diferencia entre lo que se ha venido pagando y la sentencia que ponga fin a este proceso, teniendo en cuenta los factores salariales de PRIMA ESPECIAL, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD Y PRIMA DE SERVICIO.

OCTAVO: Que se ordene, dar cumplimiento a la Sentencia proferida en este proceso, dentro de los términos previstos en el inciso 2° y 3° del artículo 192 del CPACA.

NOVENO: Que la condena impuesta sea indexada, ajustando su valor al índice de precios al consumidor (IPC), artículo 187 del nuevo del CPACA.

1.1.3. HECHOS.

Que el demandante prestó sus servicios por más de 20 años y que su último cargo fue como Juez Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo; por lo que CAJANAL E.I.C.E., le reconoció y pagó la pensión vitalicia de jubilación conforme a la Ley 33/85, mediante la Resolución N° 59275 del 15 de noviembre de 2006, y reliquidada mediante Resolución N°

UGM 035790 del 28 de febrero de 2012, efectiva a partir del 4 de febrero de 2009, en cumplimiento de un fallo judicial.

Se solicitó ante la entidad revisión de la pensión el día 17 de febrero de 2014, y frente al acto administrativo expedido, se presentaron recurso de reposición y en subsidio de apelación el día 20 de marzo de 2014, con el fin de que se incluyeran todos los factores salariales, puesto que sólo se liquidó con la asignación básica y bonificación por servicios prestados, dejando de lados la Prima especial, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

Los actos expedidos como consecuencia de la reclamación del actor fueron, Resolución N° RDP 007129 del 28 de febrero de 2014, Resolución RDP 010942 del 02 de abril de 2014 y Resolución RDP 012971 del 24 de abril de 2014, que para el actor son ilegales al haber negado lo solicitado.

El 25 de julio de 2014, se volvió a solicitar a la entidad que revisará la pensión otorgada al demandante, pero el trámite dado por la UGPP fue ilegal, pues se abstuvo de pronunciarse, ordenando el archivo de la petición, decisión comunicada el 07 de noviembre de 2014.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Legales y constitucionales: artículos 2, 6, 25, 58 de la Constitución Política de Colombia; Código civil artículo 10; ley 57 de 1987, ley 1437 de 2011 artículo 138, leyes 33 y 62 de 1985, ley 4 de 1966, artículo 4, decreto 1743 de 1966, decreto 3135 de 1968, ley 5 de 1969, ley 71 de 1988.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Argumenta que, la pensión de jubilación es un derecho que no prescribe y la solicitud de revisión y reliquidación es un derecho accesorio a la pensión, que infiere que los administrados puede en cualquier momento hacer uso del derecho de petición, para que se revise su pensión, como en este caso, para que se incluyan factores salariales dejados de pagar.

Indica en este punto que, el funcionario responsable de la Subdirección General de Prestaciones Económica de la entidad demandada, al expedir los actos administrativos acusados, violó la ley, reconociendo de manera incompleta todas las prestaciones, pues se desestimó aquellos factores salariales que se pidió que se tuvieran en cuenta, en la revisión de reliquidación.

Expresa que, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del día 4 de agosto de 2010, indicó que, la ley 33 de 1985, no indica de manera taxativa los factores salariales que conforma la base de la 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 servicio.

Igualmente trae a colación, la sentencia del Consejo de Estado del 18 de julio de 2013, radicado 2013-01170, en que se indica que al presentarse una irregular liquidación de la pensión, se configuran hechos nuevos que habilitan al afectado a acudir nuevamente a la Jurisdicción en defensa de sus derechos, sin que se pueda hablar de cosa juzgada.

1.2. ACTUACION PROCESAL.

- El 21 de mayo de 2015, fue presentada en la oficina judicial la demanda.²
- La demanda fue admitida a través de auto de fecha 4 de junio de 2015³.
- La demanda fue notificada a las partes a través de correo electrónico el 31 de julio de 2015⁴.
- La entidad demandada, UGPP, con fecha 9 de septiembre de 2015, contestó la demanda dentro del término legal.⁵
- El día 12 de enero de 2016, a través de Secretaría del Despacho, se corrió traslado de las excepciones presentadas por las entidades demandadas a la parte demandante, la cual guardó silencio.⁶
- A través de auto de fecha 17 de febrero de 2016, se fijó fecha para audiencia inicial⁷ para el día 23 de junio de 2015.
- Nuevamente se fijó fecha a audiencia inicial para el día 10 de noviembre de 2016, mediante auto de 22 de julio de 2016.⁸

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”

En cuanto a los argumentos de la contestación de la demanda, por parte del **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”**, se tiene que:

² Folio 73 del expediente N° 1.

³ Folio 74 del expediente N° 1.

⁴ Folio 82-87 Expediente N° 1

⁵ Folios 120-129 del expediente N° 1

⁶ Folio 136 del expediente N° 1

⁷ Folio 138 del expediente N° 1

⁸ Folio 387 expediente N° 1

Indica que las peticiones fueron negadas, toda vez que el demandante no tiene derecho a lo solicitado, y aunado a ello, la misma fue reliquidada por mandato de una sentencia judicial, conforme a las órdenes impartidas en ella, por lo que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Frente a los hechos de la demanda, indica que son ciertos el 1º, 2º, 3º, 5º y 9º, frente a los demás no son ciertos.

Como argumento indica que al demandante, se le reconoció y pagó, conforme al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que se aplicó la Ley 33 de 1985; que frente al acto que reconoció la pensión, el demandante presentó recursos, con el fin de que fuera reliquidada, la cual fue negada mediante actuación que luego fue demandada, y que ordenó la reliquidación con la aplicación integral del régimen anterior, y con la inclusión de factores salariales, por lo que a través del acto administrativo N° UGM 035790 del 28 de febrero de 2012 se reliquida la pensión en cumplimiento de la providencia.

No conforme el actor ha solicitado en varias oportunidades que se le reliquide nuevamente la pensión, la cual fue negada mediante los actos aquí demandados, toda vez que lo pretendido por el demandante, es que se reliquide con el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados, dentro del año anterior a la fecha de retiro oficial, para ello se tiene que el régimen anterior, conforme a lo establecido al régimen de transición solo atendía lo referente a la edad, tiempo y monto pensional y que los demás aspectos como IBL y factores salariales se regirán conforme a la Ley 100 del 93, que no le es aplicable.

En tal sentido, la norma a aplicar es el Decreto 1158 de 1994, el cual implanta cuales son los que deben tener en cuenta, por lo que no se puede aplicar en su integralidad la Ley 33/85, pues la pensión que se le reconoció fue en virtud de la Ley de transición y en atención de los elementos que esta protege del régimen anterior.

Además propuso las siguientes excepciones:

- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.**

Expresa que, no es posible acceder lo pretendido, toda vez que, el mismo se pensionó en virtud del régimen de transición, en vigencia de la ley 100 de 1993, ya para el reconocimiento y liquidación de su pensión, se tuvo en cuenta la que esta estableció.

Agrega que, el régimen de transición se le aplicó al actor, por ello al momento de liquidarse su pensión, se liquidó con base al IBL y factores salariales indicados en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

- **BUENA FE.**

La entidad demandada ha actuado con la más absoluta buena fe, durante todos los trámites efectuados por la parte demandante hasta la fecha, por cuanto ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de la ley 33/85 al pensionado como régimen legal que define y determina su derecho prestacional y en esta forma fue liquidada su pensión vitalicia de jubilación.

- **PRESCRIPCIÓN:**

Manifiestan que, si bien el derecho a la pensión no prescribe, no ocurre lo mismo tratándose del valor de la mesada, o la mesada misma, las bases y factores sobre las que se calculó el monto o valor de la pensión, sobre los cuales si opera la figura de la prescripción, por lo que solicita que en caso de ser procedente se decrete la prescripción trienal de los derechos laborales aquí reclamados.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

Reafirma los argumentos expuestos en la demanda, establece que se debió liquidar la pensión con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, dando cumplimiento a la normas aplicable al caso, es decir la ley 33 de 1985 y en consideración la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia de unificación.

Afirma que, las recientes sentencia indica que, la ley 33 de 1985, no menciona de forma taxativa los factores salariales que conforma 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 servicio.

1.4.2. LA PARTE DEMANDADA:

Reitera su postura de negar reliquidar la pensión de jubilación al demandante, toda vez que su pensión fue liquidada de conformidad con la ley 100 de 1993, en la cual se dio aplicación al inciso 3 del artículo 36, en él se establece que para liquidar la pensión de jubilación para la persona que le faltare menos de 10 años, para adquirir la pensión, es el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, lo que no aplica para este caso, pues a la entrada en vigencia del sistema de seguridad de la ley 100 de 1993, le faltaba más de 10 años para adquirir el derecho

Por lo que, al faltarle al actor más de 10 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la norma aplicable en lo relacionado con la liquidación del IBL, es la contenida en artículo 21 de la ley 100 de 1993.

1.4.3. MINISTERIO PÚBLICO:

No pronuncio alegato alguno.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el art. 155 num. 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.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende en el presente medio de control, la nulidad de la Resolución N° RDP 007129 del 28 de febrero de 2014; la nulidad de la Resolución N° RDP 010942 del 2 de abril de 2014; la nulidad de la resolución N° RDP 012971 del 24 de abril de 2014; la nulidad del auto ADP0108339 del 7 de noviembre de 2014, toda vez que no se incluyeron todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al que tenía derecho el señor FELIPE ROMERO PATERNINA.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si la entidad demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”, debe realizar la reliquidación pensional definitiva del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados en su 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 público 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.”
(Negritas 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 normatividad⁹ en aras de hacer efectivo el respeto a las expectativas legítimas.

⁹ Para el sector público el Sistema General de Pensiones entro en vigencia el 30 de junio de 1995

Para el caso de los empleados del sector público¹⁰, 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 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”¹¹

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

¹⁰ Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial.

¹¹ 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.

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).

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 Estado¹², 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 2002¹³ 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

¹² 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)

¹³ 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.

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.

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 otros¹¹ 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”¹⁴

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:

Se encuentra debidamente probado, que el señor Felipe Eusebio Romero Paternina, adquirió el estatus de pensionado el día 6 de mayo de 2005.

Igualmente, se encuentra probado que, mediante la resolución N° 59275 de 2006, se le reconoció al actor una pensión de jubilación, por haber cumplido los requisitos establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Que para la entrada en vigencia en vigencia de la ley 100 de 1993, el demandante contaba con más de 15 años de servicio y con de 40 años de edad, razón por la cual, la pensión del 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.

Así mismo se encuentra probado que, posteriormente al reconocimiento de la pensión, el demandante continuo laborando, por ello solicitó que se le realizara una nueva liquidación de su pensión para que le incluyeran nuevos factores salariales.

Así pues que, la entidad demandada en cumplimiento del fallo de tutela de 31 de marzo de 2011, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo De Sincelejo, realiza una liquidación a través de la resolución N° UGM 035790 de 28 de febrero de 2012.

Pues bien, se tiene por demostrado que en el último año de servicios, estos es, 2008, al señor ROMERO PATERNINA, cuando laboraba en la rama judicial, ocupando el cargo de Juez Octavo Administrativo Del Circuito De Sincelejo, le fueron cancelados, según certificación expedida por la pagadora de la rama judicial, además de la ASIGNACIÓN BÁSICA, LA

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección II, sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente número: 15001-23-31-000-2008-00188-01(1505-11)

PRIMA ESPECIAL, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADO, PRIMA DE SERVICIOS.

Decantado lo preliminar se llega a la certeza que la entidad demandada a través de la resolución que N° UGM 035790 de 28 de febrero de 2012, y los diferentes actos que negaba la reliquidación de la pensión, 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.

Luego entonces de conformidad con la normatividad analizada y la jurisprudencia traída a colación anteriormente, es claro que la Caja Nacional De Previsión Social E.I.C.E, hoy U.G.P.P, debió al momento de realizar la reliquidación de la pensión de jubilación o vejez reconocida al señor ROMERO PATERNINA FELIPE EUSEBIO, efectuarla con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social.

Así las cosas, analizando lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es visible que los actos administrativos demandados transgrede las normas pretendidas por el señor ROMERO PATERNINA FELIPE EUSEBIO.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta los factores de ASIGNACIÓN BÁSICA, LA PRIMA ESPECIAL, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADO, PRIMA DE SERVICIOS, devengados en el año 2008 a 2009, cuando ocupó el último cargo como Juez Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo.

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 lugar¹⁵.

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

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

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 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:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

4.1. DE LA PRESCRIPCIÓN:

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 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° UGM 035790 del de 28 febrero de 2012, y la demanda fue presentada el **día 21 de mayo de 2015, según se desprende del acto demandado**¹⁶. En consecuencia, al demandante se le ha extinguido el derecho a reclamar la reliquidación de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **21 de mayo de 2012**.

CONCLUSIÓN:

El interrogante inicial es positivo, puesto que el señor ROMERO PATERNINA FELIPE EUSEBIO, al momento de reconocer su pensión vitalicia de jubilación, se debió reliquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicio, como así no sucedió, se tendrá que decretar la nulidad de la resolución N° Resolución N° RDP 010942 del 2 de abril de 2014, N° RDP 010942 de 2 de abril de 2014, N° RDP12971 de 24 de abril de 2014, AUTO ADP 010839 del 7 de noviembre de 2014.

5. 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.

¹⁶ Folio 6.

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 conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

6. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral 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, PAGO, BUENA FE**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, de aquellas mesadas causadas con anterioridad al 21 de mayo de 2012, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DECLARASE LA NULIDAD, de la resolución N° Resolución Nª RDP 010942 del 2 de abril de 2014, N° RDP 010942 de 2 de abril de 2014, N° RDP12971 de 24 de abril de 2014, AUTO ADP 010839 del 7 de noviembre de 2014, expedido por la entidad demandada, en cuanto niega incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, se **ORDÉNASE** al **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor FELIPE EUSEBIO ROMERO PATERNINA, identificado, CC N° 6.816.710, 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, LA PRIMA ESPECIAL, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADO, PRIMA DE SERVICIOS

QUINTO: CONDÉNASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación del señor FELIPE EUSEBIO ROMERO PATERNINA, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN**

SOCIAL, a favor de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

SÉPTIMO: NIÉGUESE las demás súplicas de la demanda, según lo expuesto.

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

NOVENO: 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