



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, doce (12) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicación N° 70- 001-33-33-003-2015-00123-00.

Demandante: Estrella María Pérez Hernández.

Demandado: Municipio de Santiago de Tolú.

Tema: Reliquidación Pensión – Aplicación de la ley 33 y 62 de 1985 a quienes gozan del régimen de transición de la ley 100 de 1993 – Factores Salariales que conforman la liquidación pensional.

SENTENCIA N° 053

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho 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: ESTRELLA MARÍA PÉREZ HERNÁNDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.213.928, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: Municipio de Santiago de Tolú.

¹ Folio 16

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad de la resolución N° 0484 de 10 de noviembre de 2014, por medio del cual se reliquida e indexa la primera mesada pensional y se dicta otras disposiciones y la nulidad de la resolución N° 0517 DE 11 de Diciembre de 2014, que resuelve el recurso de reposición.

Segunda: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordené al Municipio de Santiago de Tolú, reliquide la primera mesada pensional, aplicando íntegramente el artículo 1 de la ley 33 de 1985, teniendo en cuenta todos los factores salariales que en forma permanente devengó la señora Estrella María Pérez Hernández; e igualmente se ordene a dicho municipio, indexar primero la base salarial conforme al IPC desde marzo de 1998 hasta octubre de 2009, para luego indexar la primera mesada pensional.

Tercera: Que a título de restablecimiento del derecho se pague el retroactivo por concepto de auxilio de alimentación, bonificación por servicio prestado, la reliquidación de prima de servicio, prima de navidad y auxilio de cesantía.

Cuarta: Que, de las sumas debidas, se reajuste teniendo en cuenta el índice de precio al consumidor y se reconozca los intereses moratorios en los términos que establecen los artículos 192 y 299 de CPACA.

1.1.3. HECHOS.

Afirma la accionante que, prestó los servicios al Municipio de Tolú, desempeñándose en el cargo de técnico administrativo.

Refiere que, el 8 de marzo de 1998, fue desvinculada del servicio por cumplir el tiempo de pensión.

Expresa que, mediante acto administrativo N° 0873 de 15 de octubre de 2009, el Municipio de Tolú, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

Indica que, presentó acción de tutela debido que en la resolución que le reconoció la pensión, no se le reconoció todos los factores salariales.

Mediante sentencia de tutela 20 de febrero de 2012, se le amparó su derecho y se ordenó al Municipio de Tolú, darle trámite al reconocimiento y pago de la reliquidación e indexación de la primera mesada pensional.

Dice que, el municipio de Tolú para cumplir lo ordenado por la sentencia de tutela antes dicha, profirió la resolución N° 0484 de 10 de noviembre de 2014 a través de la cual reliquidó e indexó la primera mesada pensional, pero no incluyó todos los factores salariales dejados de pagar.

Alega que, al no incluirle los factores salariales en la reliquidación, presentó recurso de reposición el día 27 de noviembre de 2014 y por medio de la resolución 0517 de 11 de diciembre de 2014, el municipio contestó el recurso anterior, confirmando la resolución N°0484 de 10 de noviembre de 2014.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Constitucionales: preámbulo, artículos 2, 4, 13, 25, 29,46,48, 53, 58 y 93 de la Constitución Política de Colombia;

Legales: artículo 36 de la ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985; ley 62 de 1985, artículo 21 de CST, decreto 1919 de 2002, decreto 1042 de 1978.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

El régimen de transición se traduce en la supervivencia de normas especiales favorables y preexistentes a una ley general de pensiones como bien lo ha venido afirmando la Corte Constitucional, en sentencia T 806 DE 2004:

“una vez haya entrado en vigencia las disposiciones que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumpla con los requisitos exigidos para el mismo, consolidan una situación jurídica concreta que no se le puede menoscabar, pudiendo acudir de su desconocimiento”.

Igualmente la Corte Constitucional en sentencia T -180 DE 2008. MP Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, ha expresado que la base de estos presupuestos, la corte

ha interpretado el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en el sentido que, quienes a la fecha de la vigencia de la ley 100 de 1993 hubieren cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez de acuerdo a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiere efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad al momento en que se cumplieron tales requisitos.

Expresa que las entidades del reconocimiento de una pensión de jubilación o de vejez, se encuentra obligada constitucionalmente a garantizar en el trámite y reconocimiento de las pensiones, los derechos mínimos del trabajador, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, los cuales como lo ha establecido la Corte Constitucional, son inalienable, irrenunciable y por tanto no puede ser disminuido, ni transigir sobre ello.

Manifiesta que en el caso en concreto, a la demandante solo se le aplicó el tiempo de servicio y de edad, pero no se le aplicó el equivalente al 75% del último año de salario y no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengaba, que por ley le corresponde.

Esta decisión es contraria a la jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia de unificación, que señaló que en aras de garantizar los principios de igualdad material y primacía de la realidad sobre la formalidad, progresividad y favorabilidad en materia laboral, la ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforma la base de liquidación pensional, sino que están simplemente enunciada y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio.

1.2. ACTUACION PROCESAL.

- El día El 22 de abril de 2015, fue presentada la demanda en la oficina judicial, correspondiéndole para su conocimiento al Tribunal Administrativo de Sucre.²
- Por medio de auto de 19 de junio de 2015, se declaró la falta de competencia funcional, por el factor cuantía y se ordena remitir la demanda a los Juzgados Administrativos Orales de Circuito de Sincelejo³.

² Folio 105.

³ Folio 161-163

- Nuevamente es repartida la demanda en oficina judicial el día 01 de julio de 2015, conociendo de la misma este juzgado⁴
- La demanda fue admitida mediante auto de fecha 21 de julio de 2015.⁵
- El día 4 de septiembre de 2015, se notificaron a las partes personalmente a través de correo electrónico.⁶
- La entidad demandada- Municipio de Santiago de Tolú, no contestó la demanda.
- Mediante providencia de fecha 15 de febrero de 2016 se fijó fecha para audiencia inicial, para el día 15 de Junio de 2016.⁷
- Llegado el 15 de julio de 2016, la audiencia inicial no se pudo celebrar debido a cambio de titular del Despacho, por lo que mediante auto de fecha 22 de julio de 2016, se fijó nueva fecha para audiencia inicial a realizarse el día 9 de noviembre de 2016⁸.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

No contestaron la demanda

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

Mantiene su postura y se ratifica en todos los hechos y pretensiones de la demanda.

Argumenta que, al entrar en vigencia la ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio en la entidad demandada, situación que la ubica dentro de las previsiones de la ley 33 de 1985.

Manifiesta en su alegato que, toda persona que se le aplique el régimen de transición es decir la ley 33 de 1985, reformada por la ley 62 del mismo año, deben incluirse todo los factores salariales que devengaron en el último año de servicio antes de adquirir el estatus pensional.

⁴ Folio 170

⁵ Folio 172-173

⁶ Folio 180-185

⁷ Folio 194.

⁸ Folio 212

Por tanto reitera que, el municipio de Santiago de Tolú con la expedición de los actos administrativos demandados violó los preceptos legales al no reliquidar la pensión de jubilación con base en el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último período.

1.4.2. LA PARTE DEMADADA: Municipio de Santiago de Tolú.

Por su parte la apoderada de la entidad demandada argumenta que, a la demandante no le asiste el derecho a que se le reliquide la primera mesada pensional, teniendo en cuenta que las resoluciones N° 0484 de 10 de noviembre de 2014 y la 0517 de 11 diciembre de 2014, se encuentra ajustada a derecho, reconociendo en debida forma lo referente a la reliquidación de la primera mesada pensional.

Manifiesta que, el Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, sección segunda Dr. Víctor Hernando Alvarado, unificó la jurisprudencia y aclara que, el listado de los factores salariales consignado en el artículo 3 de la ley 33 de 1985, no son taxativo, sino enunciativo. Razón por la cual, sólo los factores aplicables son los que recibe el trabajador en forma habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, pasan a integrar el salario base de liquidación de su pensión, circunstancia que tiene como fin garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre la formalidad y favorabilidad en materia laboral.

Indica que, en el presente caso, esta demostrado que la resolución 0484 de 10 de noviembre de 2014, se reliquidó e indexó la primera mesada pensional, pero no se estableció y no se identificó los factores salariales tenidos en cuenta para efecto de la reliquidación realizada, únicamente se establece un monto final correspondiente de \$ 872.464,27. No obstante basta revisar el certificado de salario aportado por la demandante como prueba en que se identifica los factores salariales devengados en el último año de servicio (sueldo, prima de vacaciones y prima de navidad). Es por ello que, al observar las resoluciones demandadas, se puede ver que se realizó la reliquidación e indexación de la primera mesada pensional, presentándose la diferencia de valor que pasó de \$390.445 a \$872.464, 27, incluida la indexación y los factores salariales.

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.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad de la resolución N° 0484 de 10 de noviembre de 2014, que reliquidó indexó la primera mesada pensional y la nulidad de la resolución N° 0517 de 11 de diciembre de 2014 que resolvió el recurso de reposición, confirmando la resolución anterior, que no incluyó todos los factores salariales devengados por la señora ESTRELLA MARÍA PÉREZ HERNÁNDEZ, durante el último año de prestación de servicios.

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 el derecho a que se le reliquide la primera mesada pensional, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, y en caso de que tenga derecho de que se le reliquide su pensión, se indexe la primera mesada pensional con el IPC de marzo de 1998 hasta octubre de 2009, debido a que el 8 de marzo de 1998 fue desvinculada del servicio hasta el día 1 de octubre de 2009 que se le reconoció su pensión.

Por lo cual se hace necesario abordar 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.”
(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 normatividad⁹ en aras de hacer efectivo el respeto a las expectativas legítimas.

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

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

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.

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.

(...). (Negritas 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 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

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.

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 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 aquella 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, pasa el Despacho a estudiar:

3 . CASO CONCRETO:

En el presente caso se observa que, el municipio de Santiago de Tolú, a través de la resolución N° 0873 de 15 de octubre de 2009, le reconoció a la señora ESTRELLA MARÍA PÉREZ HERNÁNDEZ, una pensión vitalicia de jubilación, bajo las normas establecida en el régimen de transición, pues para la entrada en vigencia de la ley 100

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

de 1993, para empleado territoriales esto es el año el año 1995, la demandante tenía más de 15 años de servicio y 39 años de edad.

También se observa que, dicha resolución que reconoció la pensión de jubilación a la actora, no incluyó los factores salariales devengados en el último año de servicio, es por ello que la demandante, interpone una acción de tutela para que se le reconozca todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, dicha tutela fue conocida en primera instancia por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Tolú, que en sentencia de fecha de 20 de febrero de 2012, ordenó a la entidad demandada reliquidar e indexar la primera mesada pensional, no conforme con esta decisión el municipio de Santiago de Tolú impugna el fallo anterior, conociendo de ésta, en segunda instancia el Juzgado Tercero Civil del Circuito, y que confirma la decisión anterior.

Ahora bien, al revisar el acervo probatorio, se tiene que el municipio de Santiago de Tolú, acatando fallo proferido por las autoridades jurisdiccionales, reliquidó e indexó el valor de la primera mesada pensional mediante la resolución N° 0484 de 10 de noviembre de 2014 y que luego la confirmó con la resolución 0517 de 11 de diciembre de 2014, incluyendo todos los factores salariales devengados por la señora Estrella María Pérez Hernández, en el último año de servicio. Sin embargo al observar dichas resoluciones se percata que, no se mencionan los factores salariales que se liquidan, pero al revisar el monto de la nueva liquidación de la mesada pensional, se observa que hay un aumento en la misma, entendiéndose que, se están incluyendo los factores salariales devengados en el último año de servicio, que según certificado adiado a folio 20 del expediente los factores salariales devengados por ella era salarios, vacaciones y prima de navidad.

Por tanto, no puede pretender la actora que se le reconozca además de los factores salariales antes mencionados, los demás que aparecen enlistado en el artículo 3 de la ley 33 de 1985, pues en esta misma ley en su artículo 1, establece como debe liquidarse la pensión y es teniendo en cuenta el 75 % del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, y debido a que ella, en su último año laboral de servicio devengó además del salario también vacaciones y prima de navidad, son estas las tenidas en cuenta para liquidarla con el 75%.

CONCLUSIÓN:

La respuesta al problema jurídico inicial es negativo, toda vez que, tal como quedó demostrado, no se pudo probar la ilegalidad de los actos administrativos demandados.

4. CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. se condenará al pago de las costas correspondientes a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría, en un porcentaje de 5%.

5. 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,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGANSE las súplicas de la demanda, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costa a la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P, las cuales serán liquidadas por Secretaría, en un porcentaje de 5%.

TERCERO: Ejecutoriado este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en al Sistema Informático

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS

Juez