



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.
Radicado N°:	70-001-33-31-003- 2015-000251-00
Demandante:	Lucy Magaly Ortega Contreras.
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° 051

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: LUCY MAGALY ORTEGA CONTRERAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.203.303, 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 1.del Expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, como consecuencia del derecho de petición de fecha 21 de abril de 2014, enviado a la entidad demandada el día 22 de mayo de 2014 y recibido el día 26 de mayo de 2014, a través del cual se solicitó reliquidación de la pensión vitalicia de vejez por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

SEGUNDO: Que, como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Unidad Especial Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, que reconozca y ordene el pago de la reliquidación de la pensión de la señora LUCY MAGALY ORTEGA CONTRERAS, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

TERCERO: Que, se condene la Unidad Especial Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, a pagar a la demandante, los intereses moratorios sobre la suma que resulte de la diferencia entre las mesadas inicial reconocida y las que reconozca con todos los factores salariales, desde la fecha que adquirió el status de pensionada hasta cuando se verifique el pago.

CUARTO: Que, se condene a la entidad demandada a pagar los ajustes de los dineros que por concepto de reliquidación le sean reconocidas y sean incluidas en la nómina.

QUINTO: Que, se dicte sentencia en concreto.

1.1.3. HECHOS.

Se indica que, la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal E.I.C.E., mediante Resolución N° UGM – 047422 del 23 de mayo de 2012, le reconoció la pensión de vejez a la demandante.

Se refiere que, La Caja Nacional de Previsión Social, liquidó la pensión de la actora, solo teniendo como ingreso base de liquidación, la asignación básica, desconociendo los demás factores salariales devengados por la accionante durante el último año de servicios.

Relata que, a través de apoderado judicial solicitó a la UGPP, la reliquidación de la pensión de la demandante, para que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, solicitud que no fue resuelta por la administración, configurándose un acto ficto o presunto producido por el silencio administrativo negativo de la entidad demandada.

Fruto de lo anterior, la accionante solicita, se declare la nulidad del acto ficto o presunto producido por el silencio negativo de la administración, con ocasión de la no contestación de la petición de fecha 21 de abril de 2014, elevada ante la entidad accionada y como consecuencia se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora LUCY MAGALY ORTEGA CONTRERAS, con inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Constitución Nacional: Artículo 2, 6, 13, 25,58.

Código civil: art 10

Ley 57 de 1887 artículo 5.

Ley 33 de 1985.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, la Unidad Especial Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, transgreden normas constitucionales y legales.

Indica que, el derecho a la pensión de los empleados público están enmarcada dentro de las normas 33 de 1985; ley 6 de 1945; ley 4 de 1966; decreto 1743 de 1966 y decreto 1045 de 1978.

Dice que la ley 33 de 1985, estableció un régimen de transición, señalando las normas que ha futuro deben aplicarse a los empleados oficiales, que para la fecha se encontraban de entrada en vigencia vinculadas laboralmente, teniendo en cuenta como referencia el tiempo de servicio acumulado. Concluye que, para su caso debía darse aplicación la normatividad de la ley 33 de 1985 y no la establecida en la ley 100 de 1993, pues reunía todos los requisitos para acceder a ella.

Trae a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del 27 de enero de 2011, Radicado N° 08001-23-31-000-2007-0012-01(0045-09) M.P Bertha lucia Ramírez de Páez, en que se indica que:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre la formalidades y favorabilidad en materia laboral, la sala previo los debates surtido 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 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 prestación de servicio.

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 de decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que detenerse en cuenta para efecto de liquidarlos las cesantías y la pensiones de quienes se le aplica la ley 6 de 1945, precisó “las normas transcrita señalan unos factores que deben ser entendido como principio generales pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que se correrá el riesgo de que quedare por fuera otros que por su naturaleza se puede tomar para poder establecer la base de liquidación”

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 23 de noviembre de 2015, fue presentada en la oficina judicial la demanda.²
- La demanda fue admitida a través de auto de fecha 18 de enero de 2016³.
- La demanda fue notificada a las partes a través de correo electrónico el día 4 de febrero de 2016.⁴
- La entidad demandada la Unidad Especial Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de La Protección Social, con fecha de 28 de abril de 2016, contestó la demanda dentro del término legal.⁵
- El día 31 de mayo de 2016, 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 9 de septiembre de 2016, se fijó fecha a audiencia inicial⁷ para el día 25 de enero de 2017.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁸.

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

Por su parte, la entidad demandada se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

² Folio 13 del expediente.

³ Folio 31 del expediente.

⁴ Folios 38-40 del expediente.

⁵ Folios 77-98 del expediente

⁶ Folio 100 del expediente

⁷ Folio 103 del expediente.

⁸ Folios 108-115 del expediente.

Frente a los hechos, la entidad demandada acepta como ciertos los hechos primero y tercero, referidos al tiempo laborado por la demandante ante el Hospital Regional de II Nivel de Corozal – Sucre y a la petición de reliquidación de pensión de vejez presentada por la actora ante el ente accionado; catalogó como parcialmente ciertos los hechos segundo y quinto; Indicó no constarle el hecho cuarto.

Como argumentos de su posición advierten que, la petición de la actora no ha de prosperar atendiendo a la jurisprudencia de unificación reciente de la Corte Constitucional SU - 230 de 2015, en la que se establece que, quienes se encuentren inmersos en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta al IBL, se les deberá aplicar lo dispuesto en el inciso tercero del mismo artículo.

Señala que, las personas que se encuentran amparados por el régimen de transición gozan del derecho a percibir una pensión de jubilación teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y monto pensional establecido en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados y los demás elementos como el ingreso base liquidación y los factores salariales que lo componen, se rigen por lo dispuesto en la ley 100 de 1993.

Refiere que, lo pretendido por la accionante no tiene vocación de prosperidad, atendiendo a que no es cierto que por ser beneficiaria del régimen de transición tenga derecho a percibir una pensión de jubilación bajo las condiciones descritas en el petitum de la demanda, pues la transición solo garantizó el derecho de acceder a la pensión considerando la edad, tiempo de servicio y monto pensional que haya dispuesto el régimen anterior al cual se encontraba afiliado la accionante, los demás elementos quedaron cobijados por la ley 100 de 1993, posición que encuentra su sustento legal no solo en lo dispuesto en el artículo 36 de la misma normatividad, sino además en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado.

Manifiesta que, según lo estipulado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, es evidente la imposibilidad de liquidar el ingreso base de liquidación de la actora según lo pretende, es decir, sobre el promedio de lo devengado durante el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales, pues la norma relacionada, no establece que la transición garantiza la posibilidad de adquirir una pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en el régimen anterior de manera integral.

Propone como excepción de fondo la de improcedencia de la reliquidación de la pensión de vejez, aplicación preferente del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y prescripción trienal.

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.

Expresa que el Consejo de Estado mediante auto 31 de marzo de 2014, radicado 11001-03-25-000-2013-01383-00(3496-13), ha indicado que las autoridades administrativas no pueden a través de circulares, fijar directrices de carácter general para apartarse de la decisiones de obligatorio cumplimiento, ya que los funcionarios de la administración no cuentan con ninguna autonomía e independencia inherente a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial.

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 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, manifiesta que en ningún momento se desconoció los beneficios adquiridos por la accionante en virtud del régimen de transición al cual sin duda tiene derecho.

⁹ Folio 117 del expediente

¹⁰ Folio 117 del expediente

Expresa que, no comparte la posición que para liquidar la pensión se debe tener en cuenta en su totalidad lo previsto en la ley 33 de 1985, puesto que la demandante adquiere el status de pensionada en vigencia de la ley 100 de 1993, que tiene condiciones distinta a la ley anterior.

Reitera que, le fue aplicable a la actora la ley 33 de 1985, al momento de reconocerle la pensión, pues se tuvo en cuenta la edad, tiempo y monto y en cuanto a los factores salariales se tomaron de acuerdo a lo indicado en el artículo 1 del decreto 1158 de 1994, por medio del cual se incorporó a todos los servidores públicos.

Por último manifiesta que, la decisión tomada en negar la reliquidación de la pensión se tomó con fundamento en el ordenamiento jurídico aplicable y teniendo en cuenta los supuestos facticos y jurídicos del caso y se liquidó correctamente, de manera que no es posible acceder a lo que se pretende.

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 parcial del acto ficto o presunto, como consecuencia del derecho de petición de fecha 21 de abril de 2014, enviado a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P, el día 22 de mayo de 2014 y recibido el día 26 de mayo de 2014, a través del cual se solicitó reliquidación de la pensión vitalicia de vejez por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio

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 UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P, debe reliquidar la pensión de jubilación de la señora LUCY MAGALY ORTEGA CONTRERAS, incluyendo en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados durante

su último año de servicio, por encontrarse amparada por el régimen de transición de la ley 10 de 1993.

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.”
(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 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

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.

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.

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).

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.

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)

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.

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

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.

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 mayo de 2010, lo cual se vislumbra de la lectura misma del acto administrativo que le reconoció y ordenó inicialmente el pago de su pensión (folios 15 a 17 del cartulario).

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 LUCY MAGALY ORTEGA CONTRERAS, le fue reconocida la pensión de vejez por parte de la Caja Nacional de Previsión Social hoy, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y

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

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, U.G.P.P a partir del 5 de mayo de 2010, 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 \$758.866, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 75.00%, teniéndole como fundamento la asignación básica de los últimos 10 años de servicios, tal como se desprende de la comparación entre la resolución N° UGM047422 del 23 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 LUCY MAGALY ORTEGA CONTRERAS, expedida por SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO DEL HOSPITAL REGIONAL DE II NIVEL NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE COROZAL SUCRE¹⁷

Pues bien, se tiene por demostrado que en el último año de servicios de la señora LUCY MAGALY ORTEGA CONTRERAS, le fueron cancelados, según certificación expedida por el SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO DEL HOSPITAL REGIONAL DE II NIVEL NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE COROZAL SUCRE, además de la asignación básica, Bonificación, prima semestral, prima de navidad, prima de vacaciones, dominicales y festivos, recargo nocturno, horas extras.

Decantado lo preliminar se llega a la certeza que la entidad demandada a través de la resolución que N° UGM 047422 del 23 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 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 BONIFICACIÓN¹⁸, toda vez que al momento de retirarse del servicio la demandante, los empleados territoriales como lo fue la señora LUCY MAGALY ORTEGA CONTRERAS, no tenían derecho a dicha prestación.

¹⁷ Folios 24- 25

¹⁸ 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.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad DEL ACTO FICTO O PRESUNTO producido por el silencio administrativo como consecuencia de la petición de fecha 21 de abril de 2014 , envidada el día 22 de mayo de 2014 y recibida el 26 de mayo del mismo año, y se ordenará a la entidad demandada que, realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación de la demandante la señora LUCY MAGALY ORTEGA CONTRERAS, teniendo en cuenta los factores de ASIGNACIÓN BÁSICA, LA PRIMA SEMESTRAL, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA VACACIONAL, DOMÍNALES Y FESTIVO, RECARGO NOCTURNO, HORAS EXTRAS, devengados en el último año de servicios, es decir 2003 - 2004.

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 efectúo descuento para el efecto. No obstante, en caso de no haberse aportado o realizado descuento, la entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar¹⁹.

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 insoluble 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:

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

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

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

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° 00UGM 047422 del 23 de mayo de 2012, y la demanda fue presentada el **23 de Noviembre 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 **23 de Noviembre de 2012**.

CONCLUSIÓN

El problema jurídico indicado inicialmente será positivo por cuanto la señora LUCY MAGALY ORTEGA CONTRERAS, tiene derecho a que le sea 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, en un monto de 5%.

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 la nulidad DEL ACTO FICTO O PRESUNTO producido por el silencio administrativo como consecuencia de la petición de fecha 21 de abril de 2014, enviada el día 22 de mayo de 2014 y recibida el 26 de mayo del mismo año.

SEGUNDO: 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 LUCY MAGALY ORTEGA

CONTRERA, 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 ASIGNACIÓN BÁSICA, LA PRIMA SEMESTRAL, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA VACACIONAL, DOMÍNALES Y FESTIVO, RECARGO NOCTURNO, HORAS EXTRAS, devengados en el último año de servicios, es decir 2003 -2004

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

CUARTO: 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.

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

SEXTO: En firme este fallo, devuélvase a la 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