JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Sincelejo, trece (13) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación Nº	70- 001-33-33-003-**2016-00066**-00.
Demandante:	Gloria Regina Hernández Rojas.
Demandado:	Administradora Colombiana de pensiones- Colpensiones.
Tema:	Reliquidación de pensión – Inclusión de factores salariales.

SENTENCIA Nº 131

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: **GLORIA REGINA HERNÁNDEZ ROJAS**, identificado, con la cédula de ciudadanía No. 3.959.099, quien actuó a través de apoderado judicial[1].

- Demandados: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de las resoluciones No GNR 363879 del 20 de diciembre de 2013 y GNR 14882 del 22 de enero de 2015 y la nulidad total de la resolución No. VPB 49173 del 16 de junio de 2015, por medio de las cuales la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, negó reconocer a favor de la demandante la reliquidación de la pensión de jubilación en los términos de la ley 33 de 1985 con la última

[1] Folio 39

asignación básica mensual y la inclusión de todos los factores salariales más altos devengados en el último año de servicios, al igual que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y su respectiva indexación.

SEGUNDO: Que se declare que el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de la demandante, es el regulado íntegramente por la ley 33 de 1985, constituido por la última asignación básica mensual e inclusión de todos los factores salariales más altos devengados en el último año de servicios del actor.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones a título de restablecimiento del derecho, se reconozca que el régimen aplicable la señora Gloria Hernández Rojas es el establecido en la ley 33 de 1985, pues conserva el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

CUARTO: Que se le reliquide la pensión otorgada a la accionante con fundamento en los postulados normativos de la ley 33 de 1985, liquidando dicha prestación con el último salario y factores salariales devengados en el último año de servicios, con fundamento en régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa para el trabajador estableciendo la mesada pensional pagadera en cuantía inicial de $1.967.836,62 o lo que se establezca en el proceso, como consecuencia de obtener la liquidación de la pensión de jubilación aplicando un 75% del salario y factores salariales devengados durante el último año de servicios prestados en la Universidad de Sucre, con los correspondientes aumentos legales, incluidas las mesadas adicionales de cada año y la indexación de la primera mesada pensional, a partir del 30 de junio de 2015 fecha en la cual se le reconoció el derecho a la mencionada prestación económica, por haberse retirado del servicio oficial. La mesada pensional inicial deberá ser actualizada y llevada a valor presente al momento de emitirse el fallo que resuelva el litigio.

QUINTO: Que se pague el retroactivo pensional que se genere de las diferencias existentes entre el valor de la pensión que inicialmente se le reconoció por parte de Colpensiones, con la resolución No. GNR 14882 del 22 de enero de 2015 y el valor real establecido en ésta demanda o el que se establezca en el proceso como consecuencia de aplicar el 75% a su último salario y la inclusión de todos los factores salariales y la actualización de la primera mesada pensional a partir del 20 de junio de 2015, hasta cuando se efectúe el pago de la obligación, incluyendo las mesadas pensionales de junio y diciembre de cada año, con los incrementos anuales de ley.

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

SÉPTIMO: Que se paguen los intereses moratorio, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

OCTAVO: Que se condene a la entidad en costas de conformidad con el artículo 188 del CPACA y la ley 446 de 1998, así como que se le ordene a la entidad el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del mismo estatuto.

1.1.3. HECHOS.

Se indica que, la señora Gloria Regina Hernández Rojas, cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicio necesarios para adquirir la pensión de jubilación, laborando al servicio de la universidad de Sucre.

Narra que, Colpensiones mediante resolución No. NGR 363879 del 20 de diciembre de 2013, le reconoció a la accionante pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la ley 100 de 1993.

Señala que, Colpensiones para liquidar la pensión de jubilación, tomó el ingreso base de liquidación y promedió los salarios con los cuales se aportó al Sistema de Seguridad Social integral durante los 10 años anteriores al reconocimiento de su pensión y así obtuvo un IBL por valor de $1.459.601 al cual le aplicó un porcentaje del 79.26% para obtener el valor de la prestación económica en referencia, que quedó establecida por $1.156.880 a partir del mes de abril de 2014.

Cuenta que, el 13 de enero de 2014 presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución No. GNR 363879 del 20 de diciembre de 2013, solicitándose diera aplicación a la ley 33 de 1985 y tomó como IBL el último salario y factores salariales devengados en el último año de servicios.

Explica que, el recurso de reposición presentado, fue resuelto por COLPENSIONES, a través de la resolución No. GNR 14882 del 02 de enero de 2015, por medio de la cual se dispuso reliquidar la pensión de la demandante, con fundamento en lo establecido en la ley 33 de 1985 pero se toma como IBL, el determinado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Continúa manifestando que, Colpensiones resolvió el recurso de apelación presentado por la accionante en subsidio del de reposición, por resolución No. VPB 49173 del 16 de junio de 2015, decidiendo confirmar la resolución No. GNR 14882 del 02 de enero de 2015.

Finalmente sostiene que, la señora Gloria Hernández Rojas es beneficiara del régimen de transición que trae la ley 100 de 1993, en su artículo 36, ya que al entrar en vigencia este régimen pensional, contaba con 40 años de edad y más de 15 años de servicio.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

CONSTITUCIONALES: artículo 53 de la constitución política.
LEGALES: artículo 1 de la ley 33 de 1985, 36 de la ley 100 de 1993.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, según el Consejo de Estado, el derecho a pedir pensión de jubilación no prescribe, toda vez que, tratándose de un derecho vitalicio subsiste la acción correspondiente durante la vida del titular, lo que prescribe son la mesadas pensionales dentro del término establecido por la ley.

Indica que, la protección otorgada por el régimen de transición se conecta de forma ineludible con el derecho de pensión de vejez y por esa vía con el derecho fundamental a la seguridad social pues establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo en favor de algunas personas que tenían una expectativa legítima. En esa medida expresa que, la entidad demandada con la expedición del acto administrativo demandado, desconoció la aplicabilidad del régimen de transición y propició la violación de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y seguridad social.

Adicionalmente estima que, Colpensiones vulneró el principio de Favorabilidad y la condición más beneficiosa para la actora, establecido en el artículo 21 del Código sustantivo del Trabajo.

1.2. ACTUACION PROCESAL.

- El 15 de abril de 2016, fue presentada en la oficina judicial la demanda.[2]
- La demanda fue admitida a través de auto de fecha 22 de julio de 2016[3].
- La demanda fue notificada a las partes a través de correo electrónico el 30 de agosto de 2016[4].

[2] Folio 100 del expediente
[3] Folio 102 del expediente
[4] Folio 107-109 Expediente

- La entidad demandada, Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, contestó la demanda el día 24 de octubre de 2016[5]
- A través de auto de fecha 24 de mayo de 2017, se fijó fecha para audiencia inicial[6] celebrándose el 01 de agosto de 2017[7], ordenándose en la misma la presentación por escrito de alegatos de conclusión, los que vencieron el 16 de agosto de 2017[8]
- El día 04 de agosto de 2017, la parte demandante presentó alegatos de conclusión[9]
- La Administradora Colombiana de Pensiones, presentó los alegatos el 16 de agosto de 2017

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando a través de apoderado judicial, la Administradora Colombiana de Pensiones se opone a todas las pretensiones de la demanda, por considerar carecen de todo sustento jurídico.

Respecto a los hechos, admite el primero, cuarto, quinto, sexto y séptimo como ciertos; los hechos segundo, tercero, octavo, noveno, décimo, décimo primero y décimo segundo, alega que no son hechos, son apreciaciones por parte el demandante.

Advierte que, la pensión de vejez de la actora fue reliquidada bajo los parámetros de la ley 33 de 1985 y para determinar el valor de la misma se dio aplicación a lo consagrado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Alega que, si bien el parágrafo transitorio No. 4 del acto legislativo 01 de 2005, dejó un margen para los beneficiarios del régimen de transición en las condiciones señaladas en aquel, no es menos cierto que textualmente se indicó que los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por éste régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

Presentando alegatos de conclusión la parte demandante reitera los argumentos de defensa esbozados en el escrito petitorio, agregando que los actos deben ser declarados nulos porque en los mismos se aplicaron normas menos favorables, con lo cual el valor de su mesada disminuyó, lo que produjo un detrimento patrimonial a la accionante.

---

[5] Folios 122-127 del expediente
[6] Folio 131 del expediente.
[7] Folio 135-138 del expediente
[8] Folio 144 del expediente
[9] Folio 145 del expediente

Finalmente advierte que, para el caso de la demandante es improcedente la aplicación de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, toda vez que, según el Consejo de Estado en su unificación de jurisprudencia frente al tema manifestó que, la aplicación de los criterios fijados por el Tribunal Constitucional, resultaría vulnerante del derecho a la igualdad de las personas que habiendo alcanzado el status de pensionado del régimen de transición antes de 31 de diciembre de 2014, verían disminuida su mesada pensional en la medida en que el ingreso base de liquidación de la misma sería determinado en forma diferente a como lo ha sido para los restantes pensionados, a quienes se les ha aplicado el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

1.4.2. LA PARTE DEMANDADA.- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES:

La entidad demandada solicita se despachen de manera desfavorable las pretensiones de la demanda. Reitera lo dicho en la contestación referente a que Colpensiones liquidó la pensión de la actora teniendo en cuenta las disposiciones legales.

Menciona diversos pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema de Justicia, que resumidos puntualizan que, el ingreso base de liquidación está consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 que remite a normas anteriores sólo lo que respecta de los requisitos de edad, tiempo y monto para el reconocimiento de la misma.

1.4.4 MINISTERIO PÚBLICO:

No pronunció 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 parcial de las resoluciones No GNR 363879 del 20 de diciembre de 2013 y GNR 14882 del 22 de enero de 2015 y la nulidad total de la resolución No. VPB 49173 del 16 de junio de 2015, por medio de las cuales la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, negó reconocer a favor de la demandante la reliquidación de la pensión de jubilación en los términos de la ley 33 de 1985

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si ¿ si a la Administradora Colombiana de Pensiones " Colpensiones" debe reliquidar la pensión de jubilación de la señora GLORIA REGINA HERNÁNDEZ, incluyendo en el ingreso base de liquidación, todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio, de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993?

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 publico beneficiarios del régimen de transición y iii) El caso concreto.

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

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

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

> ***"ARTICULO. 36.*** *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
> ***La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento***

> ***de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley." (Negrillas fuera de texto).***
>
> ***…***

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

En ese orden, el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no consagra un sistema pensional como tal, sino que permitió y permite el efecto en el tiempo de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad[10] en aras de hacer efectivo el respeto a las expectativas legítimas.

Para el caso de los empleados del sector público[11], 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*"[12]

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

---

[10] Para el sector público el Sistema General de Pensiones entro en vigencia el 30 de junio de 1995
[11] Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial.
[12] 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.

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

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

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

"ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(…)". (Negrillas de la Sala).

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

"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.(Negrillas pertenecientes a la Sala).

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 Estado[13], 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

[13] 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)

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 2002[14] 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:

[14] 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.

"En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

.....

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

.....

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

.....

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación

por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando" (subrayado fuera del texto)

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

"La inclusión de los factores para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que la preceptiva contenida en el artículo 1 de en la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan"[15]

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:

Se tiene en el presente caso, la señora GLORIA REGINA HERNÁNDEZ ROJAS, prestó su servicio desde 1979 hasta 2015, como empleada de la Universidad de Sucre, ocupando el cargo de Secretaria Ejecutiva, adscrita a la División de Recursos Humano.

Se observa que, 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 a través de la resolución GNR 363879 de 20 de diciembre de 2013, no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengaba durante su último año de servicio.

Por ello, la demandante inconforme por la liquidación realizada a su pensión, decide interpone recurso de reposición contra la resolución de reconocimiento de pensión,

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

resolviéndose ésta, mediante resolución GNR 14882 de 22 de enero de 2015, en donde en la parte considerativa se le indicaba que por tratarse de un trabajador activo era necesario aportar el acto administrativo de retiro junto con el certificado de los factores salariales devengado en el último año de servicio para liquidar la pensión, es decir le están reconociendo en este acto, que su pensión es conforme al régimen de transición.

No conforme con la respuesta, interpone recurso de apelación contra la decisión anterior, siendo confirmada en todo sus partes el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición.

Pues bien, se tiene por demostrado que la aquí accionante es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo se observa que dentro del expediente, no reposa documento alguno que demuestren los factores salariales devengado en el último año de servicio, pues este documento es esencial para poder liquidar la pensión de jubilación teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Así las cosas se ordenará a la entidad demandada, reliquide la pensión de jubilación de la señora Hernández Rojas, basándose en todos los factores salariales devengados en el último año de la prestación de servicio, igualmente se requerirá a la accionante remita a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, certificado de factores salariales devengados en ese mismo tiempo, para que se le tenga en cuenta en la pensión.

Ahora bien, para el momento de liquidar la pensión la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, deberá excluir aquellos factores salariales 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 BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADO[16], toda vez que al momento de retirarse del servicio la demandante, los empleados territoriales como lo fue la señora GLORIA REGINA HERNÁNDEZ ROJAS, no tenían derecho a dicha prestación.

Igualmente, no se reconocerá LA PRIMA DE SERVICIO, que en su momento fueron canceladas a los empleados de orden departamental, ya que esta fue creada por la Asamblea Departamental de Sucre, bajo la ordenanza Nº 08 de 1985 y la ordenanza Nº 08 de 1999, siendo las misma declaradas nulas por el Tribunal Contencioso administrativo de Sucre,

[16] 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.

mediante sentencia de 22 de mayo de 2008, dado que esa Duma, no tenía competencia para ordenar ese pago. Esta prima de servicio, está siendo cancelada a los empleados del orden territorial desde el año 2015, por disposición del Decreto 2351 de 2014.

En relación con la BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN, tampoco será incluida por cuanto esta es una prestación social que no tiene condición de factor salarial, a diferencia de la prima de vacaciones y de navidad que si tienen esta característica, tal como lo dispuso la sentencia del 04 de septiembre de 2014 del Consejo de Estado, la cual señala:

> *"Como se expuso anteriormente, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, señaló que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral, debía incluirse en la base de liquidación de la pensión, la totalidad de lo devengado por el empleado por concepto de salario. No es posible incluir la "Bonificación por Recreación" en la base de liquidación, toda vez que el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, estableció que la misma "no constituirá factor de salario para ningún efecto legal", además, dada su naturaleza prestacional, pues dicha bonificación está dirigida a contribuir en el adecuado desarrollo de la vida del empleado, como lo es el ámbito de la Recreación, por lo tanto, no tiene carácter salarial"*[17].

Por último, no se reconocerá, LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD, pues, si bien fue percibida esta prestación de buena fe, la fuente normativa que dio origen dicha prestación; esto es, el Decreto 208 de 1981, fue declarada nula mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013, proferida por Tribunal administrativo de Sucre, en el proceso de Simple Nulidad radicado 70-001-23-31000-2012-00150-00, de suerte que estando excluido del ordenamiento jurídico, no es factible considerar este emolumento para el cómputo de la cuantía pensional.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad parcial de la resolución No GNR 363879 del 20 de diciembre de 2013, que reconoció la pensión mensual de jubilación.

No sé decretará la nulidad de las resoluciones GNR 14882 de 22 de enero de 2015 y Nº VPB 49173 de 16 de junio de 2015, que resolvieron los recursos reposición y apelación, puesto que, en ellos se señalan el derecho que le asiste a la señora Hernández Rojas, de reliquidar la pensión reconocida en el año 2013.

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

[17] Sentencia del 04 de septiembre de 2014 del Consejo de Estado, Radicado Nº. 25000-23-25-000-2006-0845501(1420-11), MP. Gerardo Arenas Monsalve.

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 lugar[18].

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 pensiónales 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:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

4.1. DE LAS EXCEPCIONES:

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

En el sub júdice no se configura la prescripción, toda vez que la solicitud de pensión fue realizada el día 5 de abril de 2011, reconociendo dicha prestación la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, mediante resolución GNR 363879 de 20 de diciembre de 2013, y la demanda fue presentada el 15 abril de 2016, Por tanto a la accionante no se le ha extinguido el derecho a reclamar la reliquidación de las mesadas pensionales.

4.2 CONCLUSIÓN:

La respuesta al problema jurídico es positivo, puesto que Colpensiones debe reliquidar la pensión de jubilación de la a señora GLORIA REGINA HERNÁNDEZ ROJAS, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, tal como lo consideró

[18] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

en las resoluciones GNR 14882 de 22 de enero de 2015 y Nº VPB 49173 de 16 de junio de 2015, en donde se requirió el certificado de factores salariales de ese mismo tiempo.

5. CONDENA EN COSTAS:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 188 C.P.A.C.A., por la prosperidad parcial de las pretensiones, no se condenará a la parte demandada al pago de las costas, de conformidad con los artículos 365, numeral 5 y 366 del C.G.P.

6. 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 parcial, de las resoluciones No GNR 363879 del 20 de diciembre de 2013 que reconoció la pensión de vitalicia de vejez. En cuanto a las resoluciones GNR 14882 del 22 de enero de 2015 y No. VPB 49173 del 16 de junio de 2015, se mantendrán incólume puesto que, en ellos se señalan el derecho que le asiste a la señora Hernández Rojas, de reliquidar la pensión reconocida en el año 2013.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, como consecuencia de lo anterior, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, procederá a reliquidar la pensión de jubilación a la señora GLORIA REGINA HERNÁNDEZ ROJA, identificada con C.C. Nº 31.262.512, en cuantía del 75% del promedio de las asignaciones percibidas durante el último año de servicios incluyendo los factores salariales devengados por ésta durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro

TERCERO: La entidad demandada deberá realizar las deducciones correspondientes a que haya lugar de los aportes de las sumas que aquí se ordenan incluir y sobre las cuales no se hayan deducidos los mismos para efectos pensionales, en el porcentaje que corresponda al trabajador, y lo que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora, para lo cual podrá repetir contra ella para obtener su pago, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: CONDÉNESE a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que sobre las sumas adeudadas le pagué a la actora el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula referenciada en la parte motiva de este fallo

QUINTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluir en nómina de pensionados el valor que debe ser reconocido y el pago de la reliquidación de mesadas atrasadas

SEXTO: Conmínese a la señora GLORIA HERNÁNDEZ ROJAS, para que aporte a Colpensiones certificado laboral donde conste los factores salariales percibidos en el último año de servicio; para que proceda a la reliquidación aquí ordenada.

SÉPTIMO: LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 *ibídem*.

OCTAVO: No condenar en costas de conformidad de conformidad con los artículos 365, numeral 5 y 366 del C.G.P.

NOVENO: 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 el Sistema del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ