



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, treinta y uno (31) de octubre de dos mil catorce (2014).

Medio de Control: Nulidad Y Restablecimiento del Derecho.

Radicación: 70-001-33-33-003-2013-00058-00

Demandante: GLADYS MERCEDES ARROYO MARTÍNEZ

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -
CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN – UNIDAD
ESPECIAL ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN
PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP.

Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN/
REGIMEN APLICABLE / TRANSICIÓN /

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en el artículo 179 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 (fs. 1-8).

1.1.1. PARTES.

- Demandante: **Gladys Mercedes Arroyo Martínez**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 232.170.719, quien actuó a través de apoderado judicial (fol. 9-10).
- Demandada. **Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en Liquidación - Unidad Especial Administrativa De Gestión Pensional Y Parafiscales UGPP.**

1.1.2. PRETENSIONES.

- Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución No. 10393 de fecha 10 de marzo de 2008 que le negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez a la demandante, por la no inclusión de todos los factores salariales devengados desde la fecha en que cumplió su status de pensionada.
- Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho condenar a la entidad CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL EICE- HOY EN LIQUIDACION, al reconocimiento y pago de la Reliquidación pensión de vejez a la demandante señora Gladys Mercedes Arroyo Martínez, , en cuantía de su mesada pensional en la suma de ochocientos Ochenta y Tres Mil Cuatrocientos sesenta y siete pesos con sesenta y seis centavos (\$883.467.66) efectiva a partir del día 01 del mes de agosto del año 1999 fecha en que cumplió su status de pensionada.
- Que se condene a la entidad demandada CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL- CAJANAL EICE-HOY EN LIQUIDACION a liquidar y pagar a favor de la demandante las mesadas adicionales desde el 01 de agosto de 1999 en la cuantía que se determine pagar en la sentencia que ordene el reconocimiento de la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora.
- Que se Condene a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL –CAJANAL EICE- HOY EN LIQUIDACION, para que sobre las mesadas adeudada a la actora los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor de conformidad la Ley 1437 de 2011 artículo 190 del C.P.A.C.A.

1.1.3. HECHOS.

- Indica la parte que la señora GLADYS MERCEDES ARROYO MARTINEZ, identificada con la cedula de ciudadanía No. 23.170.719 expedida en Sincelejo, es pensionado de la CAJA NACIONAL DE PREVISION HOY CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN mediante resolución No. 27271 de fecha 21 de octubre de 1998, en cuantía de \$ 223.864.39, efectiva a partir del 05/02/1998.

- Afirma que la señora GLADYS MERCEDES ARROYO, le fue reliquidada su pensión pero no le incluyeron todos los factores salariales que devengaba al momento de adquirir su status de pensionada.
- En virtud de lo anterior, la señora GLADYS MERCEDES ARROYO MARTINEZ solicitó nuevamente la reliquidación de su pensión de jubilación, ante la entidad CAJANAL E.I.C.E. HOY EN LIQUIDACIÓN, la cual le fue resuelta en forma desfavorable mediante resolución Nro. 10393 de fecha 10 de marzo de 2008.
- Que contra la citada resolución la convocante no interpuso recurso alguno en razón que no tuvo tiempo para hacerlo, quedando ejecutoriado dicho acto administrativo y por ende agotada la vía gubernativa.
- Que como consecuencia de lo anterior se elevó solicitud de conciliación ante la Procuraduría 104 Judicial I para Asuntos Administrativos de la ciudad de Sincelejo el día 28/11/2012, celebrándose la respectiva audiencia el día 20/02/2013 y expidiéndose la respectiva acta y constancia No. 2482 de 2012, declarándose fallida dicha conciliación.
- Argumenta que la actora en la actualidad se encuentra retirada del servicio.
- Que la administración al momento de liquidar esta prestación social debe tener en cuenta todos los factores salariales que la convocante devengaba durante los últimos doce (12) meses a la fecha en que adquirió el status de pensionada, es decir, el día 05/02/1989 al 05/02/1993 y que solamente tomó para la liquidación de su mesada pensional la asignación básica, bonificación por servicios prestados dejándole por fuera los siguientes factores salariales: Subsidio de Alimentación, Auxilio de Transporte, Prima de Vacaciones, Prima de servicio, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, y que por lo tanto la liquidación que le corresponde a la actora incluyéndole todos los factores salariales.

1.1.4. NORMAS VIOLADAS

Violación a los artículos 1º, 6º, 7, 12, 25, 26 y 42 de la Constitución Política; Ley 1437 de 2011 artículos 64, 138, 155, 156, 162, 163, 165, 166 del nuevo CPACA; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978; Ley 4 de 1966; Decreto 1743 de 1966; Ley 6 de 1945; Ley 114 de 1913; artículos 13, 25, 53, 58 de la Constitución Nacional; Decreto 1743 de 1966, Ley 4ta de 1966; Ley 6 de 1995.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Asegura que la pensión de derecho de los empleados públicos, está enmarcada dentro de las normas anteriormente citadas, razón por la cual a la actora le asiste el derecho de ser beneficiaria de la reliquidación de su pensión de jubilación, de conformidad con la normatividad anteriormente citada.

Que por lo anterior se puede colegir que para el caso sub examine debe aplicarse la normatividad regente de la Ley 33 de 1985, no solo porque el peticionario cumple con el requisito de tiempo de servicio estipulado por la primera de las leyes mencionadas, para encuadrar su caso en ese marco jurídico, sino porque además es la más favorable, principio de rango constitucional de obligatoriedad en materia laboral artículo 21.

Que de conformidad con las leyes precitadas, a la actora le asiste el derecho de su pensión le sea reliquidada.

El artículo 4 de la ley 4ª de 1966. –“ A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidaran y pagaran tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicio”.

A su turno el artículo 5º. Del decreto 1743 de 1966 dice *“A partir del veintitrés de abril (23) de 1966, inclusive las pensiones de jubilación e invalidez a que a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidaran y pagaran tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año deservicio, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público”.*

Como la señora GLADYS MERCEDES ARROYO MARTINEZ cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la RELIQUIDACIÓN de su pensión de jubilación, y esta se encuentra tutelada legalmente en el artículo 58 de la Constitución nacional que garantiza el reconocimiento total de los derechos adquiridos con justo título y atendiendo la fecha de nacimiento de la peticionaria 15 de marzo de 1931, y la fecha en que entro en vigencia la ley 33 de 1985, esta contaba con 54 años de edad, lo que permite establecer que se encontraba en el régimen de transición por ello para la reliquidación de vejez se le debe aplicar el régimen vigente a la fecha de su vinculación, como en efecto le fue reconocido pero con la inclusión de todos los factores salariales que devengaba al momento de adquirir su status de pensionada.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 01 de abril de 2013 fue presentada en la oficina judicial la demanda, y recibida por este despacho el día 02 de abril de la misma anualidad (Fol. 44).
- La demanda fue admitida el 08 de abril del 2013 (Fol. 46).
- La demanda fue notificada a las partes el día 23 de abril del 2013 (Fol. 51-53).
- La demanda fue contestada mediante escrito presentado el 15 de julio de 2013 (fl. 85 a 93)
- El 12 de agosto de 2013 se corrió traslado de las excepciones propuestas por secretaria para que la parte demandante se pronunciara al respecto (Fol. 89). Situación que aconteció ya el 13 de agosto de 2013 el apoderado presento memorial refiriéndose sobre las excepciones propuestas (Fols. 90-93)
- A través del auto del 20 de agosto de 2013 se fijó fecha para la audiencia inicial (fl. 95); fecha la cual fue reprogramada mediante auto del 11 de octubre de 2013 (Fol. 122).
- El día 05 de diciembre de 2013 fue llevada a cabo la audiencia inicial en la cual surtieron las etapas de saneamiento, fijación del litigio, decreto de pruebas y se fijó fecha para la audiencia de pruebas (Fols. 127-133).
- En virtud de lo anterior, el 3 de abril de 2014 fue llevada a cabo la audiencia de pruebas, en la cual se incorporaron unos documentos y se ordenó correr traslado por escrito para que la parte presente sus alegatos. (Fols. 178-181).
- Por lo cual, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión (Fols. 183-191).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹.

Manifiesta la parte demandada frente a los hechos:

Primero; Segundo, Tercero, Cuarto, Sexto son ciertos se admiten, al **Quinto:** manifiesta que no es un hecho que sirva de fundamento a las pretensiones de la demanda, **Séptimo** No es un hecho es una pretensión lo expuesto en el supuesto factico.

A las pretensiones manifestó oponerse por no tener vocación de prosperar pues carecen de sustento jurídico y probatorio.

Formulo las excepciones de IMPROCEDENCIA DE LO PRETENDIDO Y LA DE PRESCRIPCIÓN, cuyo argumento central, estriba en determinar si la demandante tiene o no derecho a que Cajanal EICE en Liquidación, le reliquide la pensión de vejez en el sentido de incluir factores salariales que no fueron considerados en el acto administrativo mediante el cual se le reconoció la prestación, por lo que habrá que citar las disposiciones normativas que regulan el caso en concreto, en aras de verificar la legalidad de la Resolución acusada. Con respecto a la Prescripción manifiesta que en caso de que resulte probado lo manifestado por la demandante, deberá declararse la operancia del fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que a la actora se le reconoce la pensión el 21 de octubre de 1998 y solo se efectúa la correspondiente petición el 08 de febrero de 2007.

1.3. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** Se encuentran allegados los alegatos de conclusión de las partes por escrito de lo cual se remite el Despacho.

La parte demandante se ratificó en los argumentos y razones de su demanda.

El Ministerio Público, no presentó alegatos de conclusión,

La parte demandada: Asegura que se debe tener en cuenta a la hora de identificar los factores salariales que servirán de base para calcular el valor de la respectiva mesada, aquellos enlistados dentro del Decreto 1158 de 1994, norma complementaria de la Ley 100 de 1993. Por otro lado manifiesta que en caso de que se accedan a las pretensiones invocadas en la demanda, se deberá declarar la

¹ Folio 85-93.

prescripción de ciertas diferencias resultantes de las mesadas pensionales, teniendo en cuenta que el derecho se hizo exigible a partir del 21 de octubre de 1998 y que solo efectuó la reclamación respectiva el 7 de febrero de 2007.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución N° 10393 de fecha 10 de marzo de 2008, expedido por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez. (fls. 13 a 19).

Se considera innecesario hacer un estudio de legalidad respecto de la Resolución No. 27271 de fecha 21 de octubre de 1998, expedido por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, que decidió acerca del reconocimiento inicial de la pensión de jubilación de la señora GLADYS MERCEDES ARROYO MARTINEZ porque, siguiendo la pauta jurisprudencial del H. Consejo de Estado², cuando se solicita la Reliquidación de una pensión no es necesario entrar a demandar el acto inicial de reconocimiento de la pensión, en atención a que, el acto que surge con ocasión de la petición de Reliquidación, agota la vía gubernativa y es susceptible de ser recurrido ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, bastando sólo con demandar este último acto y no el acto inicial de reconocimiento, por cuanto no forman un acto complejo, sino que son actos autónomos y diferentes.

Así las cosas, el estudio de nulidad se centrará en la resolución N° 10393 de fecha 10 de marzo de 2008, el cual niega la reliquidación hoy pedida.

2.2. PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Aduce la parte demandante que la entidad demandada, al reconocerle la pensión de vejez y/o jubilación, no obstante reconocer la transición pensional a su favor y aplicar los requisitos de edad y tiempo de servicios establecidos en la ley 33 de 1985, al determinar el ingreso base de liquidación de su mesada pensional, le aplico los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993 y no lo dispuesto en la misma ley 33 de 1985.

² Consejo de Estado Sección Segunda expediente No. 410012331000200400798 01 del 21 de mayo de 2009. C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Que acorde con ello, debe tomarse para determinar el ingreso base de liquidación de su pensión de vejez, además de la asignación básica del último año de servicios, la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados y auxilio de transporte.

A su turno, la parte demandada, argumenta que no hay lugar a la reliquidación pedida, porque la ley 33 de 1985 no contempla factores adicionales los incluidos en la resolución No. 10393 de 10 de marzo de 2008.

En ese orden de ideas, tenemos que lo pretendido por la actora, es la reliquidación de su pensión de jubilación y vejez, por la modificación del ingreso base de liquidación con la inclusión de factores salariales.

Para determinar la procedencia o no de la causa de la parte Demandante y en aras de solucionar la controversia traída a sede judicial, es necesario estudiar i) El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral, ii) El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de Vejez de los empleados del sector público beneficiarios del Régimen de Transición; iii) los factores salariales para la liquidación de la mesada pensional; iv) el caso concreto.

2.2.1. DEL REGIMEN DE TRANSICION. SUS ELEMENTOS O BENEFICIOS.

Al expedir la Ley 100 de 1993, a través del cual se creó el sistema general de pensiones, el legislador previó la necesidad de establecer un tránsito legislativo que respetará de los regímenes pensionales anteriores, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, en consideración a quienes a la fecha de entrada en vigencia de la citada norma, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre, o 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la misma. Así quedó plasmado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en sus incisos primeros y segundos, los cuales son del siguiente tenor literal:

“Régimen de transición. 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. (...)”

Como se aprecia, el artículo citado no consagra un régimen pensional como tal, sino que permite el efecto en el tiempo de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad³ en aras de hacer efectivo el respeto a las expectativas legítimas. Para el caso de los empleados del sector público⁴, la norma aplicable por transición 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.

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”⁵ (Negrillas propias)*

En igual sentido la Corte Constitucional en sentencia 596 de 1997, señaló:

“...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

³ Para el sector público el Sistema General de Pensiones entro en vigencia el 30 de junio de 1995

⁴ Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial.

⁵ 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.

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 extraen que, 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,**

2.2.2. EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES QUE SE RECONOCEN CON BASE EN NORMA APLICABLE POR TRANSICION.

El Honorable Consejo de Estado⁶, 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 las 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.

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 2002⁷ 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

⁶ 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)

⁷ 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.

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 vía de transición se aplique, para el caso que nos ocupa, repetimos la ley 33 de 1985 y la cual establece que corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.⁸

2.2.3. 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 y en especial de la ley 33 de 1985, el H. Consejo de Estado ha sostenido la tesis que:

“El asunto se contrae a establecer si estuvo bien liquidada la pensión de jubilación reconocida al demandante, quien quedó cobijado por el régimen de transición de la ley 100 de 1993. Al quedar sin vigencia el aparte final del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ingreso para las personas bajo el régimen de transición a quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, quedó constituido por el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello. Sin embargo, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que el régimen anterior relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, que es aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso base de liquidación de la prestación. El inciso segundo del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señaló los factores base de liquidación para los aportes, así: 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. Según la certificación que obra a folio 18 del expediente, expedida por la División de Recursos Humanos del SENA, el actor laboró en dicha entidad desde el 30 de octubre de 1973 hasta el 25 de enero de 1995, es decir que su pensión de jubilación debe ser equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio comprendido entre el 26 de enero de 1994 y el 25 de enero de 1995, período durante el cual devengó asignación mensual, subsidio de alimentación, viáticos, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados y sueldo por vacaciones. Es decir que para la

⁸ Ver sentencia del 25 de marzo de 2010. Consejo de de Estado Sección Segunda Subsección A, expediente No. 66001-23-31-000-2006-00452-01(1415-07). C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

liquidación de la pensión serán factores los enunciados en el artículo 1º de la ley 62 de 1985 y todos aquellos sobres los cuales se hayan efectuado aportes con destino a la entidad de previsión. Así mismo, si existieran factores sobre los cuales no se aportó, la entidad podrá efectuar los respectivos descuentos”⁹. (Negritas propias)

Tesis adoptada por la Sala Plena de la Sección Segunda, en sentencia del 4 de agosto de 2001 expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), donde se unifica el 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, con los siguientes argumentos:

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

(...)

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

⁹ Sentencia del 12 de abril de 2007 con ponencia del Consejero Jaime Moreno García, Expediente 25000-23-25000-2004-03119-01(1285-06)

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)

En proveído de reciente data el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en aplicación de su línea consolidada, señaló:

“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. Víctor 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”¹⁰

Así las cosas, la pensión de vejez regulada por la ley 33 de 1985, 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 sus servicios, percibidos

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección II, sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente número: 15001-23-31-000-2008-00188-01(1505-11)

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 tenerlos en cuenta, pero realizara el descuento a que haya lugar.

3. EL CASO CONCRETO:

Por medio de la resolución 27271 del 21 de octubre de 1998¹¹, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL reconoció a favor de la señora GLADYS MERCEDES ARROYO MARTINEZ, la pensión mensual vitalicia de jubilación aplicando el artículo 36 de la Ley 100/93 es decir régimen de transición; A su vez en la mencionada resolución se indicó que sería efectiva a partir del **05 de febrero de 1998**; en la cual se tuvo como ingresos base de liquidación, el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior. Por lo cual observa este despacho que los factores a tener en cuenta fueron:

<i>“FACTORES</i>	<i>VALOR ACTUALIZADO</i>		
<i>1994- Asignación Básica</i>	<i>22.59</i>	<i>\$121.000,00</i>	
<i>Horas Extras</i>		<i>\$14.984,67</i>	
<i>(Promedio mensual de 270 días)</i>		<i>\$135.984,67</i>	<i>\$55.608,16</i>
<i>1995- Asignación Básica</i>	<i>19.46</i>	<i>\$143.990,00</i>	
<i>Horas Extras</i>		<i>\$18.105,67</i>	
<i>(Promedio mensual de 360 días)</i>		<i>\$162.095,67</i>	<i>\$72.094,76</i>
<i>1996- Asignación Básica</i>	<i>21.53</i>	<i>\$215.650,00</i>	
<i>Horas Extras</i>		<i>\$2.919,33</i>	
<i>(Promedio mensual de 360 días)</i>		<i>\$218.569,33</i>	<i>\$81.376,50</i>
<i>1997- Asignación Básica</i>	<i>17.58</i>	<i>\$266.798,00</i>	
<i>(Promedio mensual de 360 días)</i>		<i>\$266.798,00</i>	<i>\$81.667,95</i>
<i>1998- Asignación Básica</i>	<i>1,00</i>	<i>\$315.002,07</i>	
<i>(Promedio mensual de 360 días)</i>		<i>\$315.002,07</i>	<i>\$7.738,48</i>
		<i>TOTAL</i>	<i>\$298.485,86</i>

Pensión (\$298.485,86 x 75%) = \$223.864,39.”

¹¹ Folios 155-158

Posteriormente, CAJANAL mediante resolución Nro. 018671 del 05 de septiembre de 2000¹² reliquido la pensión de vejez de la accionante, y en la cual se indicó que la reliquidación de su pensión se debe efectuar con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1 de abril de 1994 al 30 de julio de 1999; y que se haría efectiva a partir del **01 de agosto de 1999**, así:

<i>“FACTORES</i>		<i>VALOR</i>	
		<i>ACTUALIZADO</i>	
1994- *Asignación Básica	22.59	\$121.000,00	
*Dominicales & Feriados		\$49.980,44	
*Horas Extras		\$14.984,67	
*Bonificación por servicios Prestados		\$5.722,22	
*Trabajo Suplementario		\$941,11	
(Promedio mensual de 270 días)		\$193.123,44	\$66.435,55
1995- *Asignación Básica	19.46	\$143.990,00	
*Dominicales & Feriados		\$42.047,50	
*Horas Extras		\$18.111,50	
*Bonificación por servicios Prestados.		\$5.999,58	
(Promedio mensual de 360 días)		\$210.148,58	\$78.625,69
1996- *Asignación Básica	21.63	\$215.650,00	
*Dominicales & Feriados		\$40.638,92	
*Horas Extras		\$2.919,33	
*Bonificación por servicios Prestados.		\$9.341,67	
*Trabajo Suplementario		\$25.013,50	
(Promedio mensual de 360 días)		\$293.563,42	\$91.942,74
1997- *Asignación Básica	17.68	\$267.001,00	
*Dominicales & Feriados		\$46.010,75	
*Bonificación por servicios Prestados.		\$11.124,08	
(Promedio mensual de 360 días)		\$324.135,53	\$83.464,51
1998- *Asignación Básica	15.70	\$315.003,00	
(Promedio mensual de 360 días)		\$315.003,00	\$88.929,59
1999- *Asignación Básica	9.25	\$460.246,00	
(Promedio mensual de 210 días)		\$460.246,00	\$50.339,41
		TOTAL	\$439.734,49

Pensión: (\$439.734,49 x 75%) = \$329.800,87”

¹² Folios 166-167

Dentro del plenario se encuentra probado que la actora laboro en las siguientes fechas:

- Según certificación expedida por el Líder de la Unidad de Talento Humano de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SINCELEJO NIVEL II DE ATENCIÓN¹³, la accionante prestó sus servicios en dicha entidad como Operario desde el 04 de febrero de 1978 al 31 de diciembre de 1997.
- Certificación expedida por el Jefe de la División Administrativa de la E.S.E. UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASIS DE SINCELEJO¹⁴, mediante el cual se indica que la actora prestó sus servicios como auxiliar de servicios generales desde el 1 de enero de 1998 hasta el 31 de octubre de 1999.

Lo anterior, le permite concluir a este despacho que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), contaba con más de 15 años de servicio. De igual forma, se tiene probado que la accionante nació el 25 de noviembre de 1938¹⁵, es decir que al momento de entrar en vigencia la plurimencionada ley la actora contaba con 55 años de edad; circunstancias que le permite ser beneficiario del régimen de transición establecido en dicha normatividad y por tanto se le debe aplicar las normas anteriores, respecto de los requisitos para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

La actora fue pensionada mediante Resolución N° 27271 de 1998, y en dicha resolución se tomó como base de liquidación de su mesada pensional, únicamente los factores correspondientes a la asignación básica, y las horas extras desde los años 1994 hasta el 1998. Posteriormente, a través de la resolución No. 18671 del 05 de septiembre de 2000¹⁶ la entidad demandada reliquida la pensión en la cual tiene en cuenta los siguientes factores asignación básica, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, trabajo suplementario desde el año 1994 hasta el año 1999.

Que en virtud de lo anterior la demandante solicitó a la demandada nuevamente la reliquidación de la pensión de jubilación, en el sentido de que le incluyeran todos

¹³ Folio 10

¹⁴ Folio 162

¹⁵ Folio 11-Cédula de Ciudadanía.

¹⁶ Folios 166-167

los factores, solicitud que fue negada a través de la resolución Nro. 10393 del 10 de marzo de 2008¹⁷, acto administrativo el cual hoy se demanda.

Pues bien, al revisar el texto de la resolución No. 10393 de 10 de marzo de 2008, la cual niega el derecho a la reliquidación pensional de la actora, se advierte, que la entidad demandada, reconoce que la situación pensional de la actora se regula por la ley 33 de 1985, en cuanto a edad y tiempo de servicios, en virtud del artículo 34 de la ley 100 de 1993, pero frente a los factores salariales para establecer el monto de la mesada, toma lo establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. De la misma forma, que en el acto de reconocimiento inicial de la pensión, esto es la resolución No. 27271 de 1998, la entidad reconoce al derecho con la ley 33 de 1985, pero omite aplicar todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Lo descrito, revela una clara violación del principio de inescindibilidad, toda vez que se toman los requisitos de edad y tiempo de servicios de la ley 33 de 1985 y el monto de la pensión de otro, incluido el ingreso base de liquidación, lo cual es totalmente contrario a la postura jurisprudencial expuesta por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la cual enseña que los elementos del régimen de transición en pensiones son, la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión incluyendo, el ingreso base de liquidación, los cuales deben tomarse, por tratarse de un empleado público de la ley 33 de 1985, siguiendo la pauta interpretativa líneas antes reseñada, sobre factores salariales, en el sentido que las pensiones cobijadas por las transición pensional de la Ley 100 de 1993, y que se reconocen bajo el amparo normativo de la Ley 33 de 1985, deben serle aplicados en su liquidación todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, habida cuenta que el listado de factores del Decreto 1045 de 1978 no es taxativo sino meramente enunciativos.

Por lo cual, no comprende este despacho el por qué la entidad demandada líquido y reliquido la pensión de vejez de la accionante, teniendo en cuenta en primer lugar los factores desde el año 1994 hasta el 1997; para después ampliar el término hasta el año 1999. Cuando dentro del expediente administrativo aportado por la entidad, se encuentra la resolución Nro. 00086 del 2 de agosto de 1999 proferida por el

¹⁷ Folios 13-19

Gerente de la E.S.E. UNIDAD DE SALUD FRANCISCO DE ASÍS¹⁸ a través de la cual se le aceptó la renuncia a la accionante a partir del 31 de octubre de 1999. Así mismo, se observan certificaciones de los pagos realizados por los años 1998 y 1999 a la actora, y las cuales fueron suscritas por el pagador de la E.S.E. UNIDAD DE SALUD FRANCISCO DE ASÍS¹⁹, en la cual se indica que la accionante percibió los siguientes factores salariales: sueldo, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, subsidio de alimentación.

Lo expuesto y probado, da lugar entonces a la declaratoria de nulidad del acto acusado y en consecuencia se ordenara la reliquidación deprecada en los siguientes términos. Así mismo se declarara no probada la excepción de IMPROCEDENCIA DE LO PRETENDIDO por lo previamente enunciado.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Colofón de la nulidad del acto administrativo enjuiciado, se ordenará a la entidad demandada, que realice una nueva liquidación de la pensión de vejez de la demandante, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo además de la asignación básica, la prima de vacaciones, la prima de servicios, la prima de navidad, y el subsidio de alimentación. Con la salvedad que, sí sobre estos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

Las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado por la pensión reconocida y la que reconozca, (incluidos los reajustes por factores y por actualización de la base salarial) una vez se revalorice la base de liquidación, igualmente se ajustará en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Los intereses del artículo 192 de la ley 1437 de 2011, se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en dicha norma.

¹⁸ Folio 164.

¹⁹ Folios 162 adverso y 163

5. DE LA PRESCRIPCIÓN:

El Despacho con fundamento en la solicitud efectuada por la parte demandada, declarará probada parcialmente la excepción de prescripción de la reliquidación de las mesadas pensionales (el derecho en si no prescribe, más si el pago de las mesadas), teniendo en cuenta que la solicitud de reliquidación de la pensión fue presentada en el año 2007, la resolución por medio de la cual le fue negada la reliquidación es del 10 de marzo de 2008²⁰; por lo cual la parte tenía hasta el año 2010 para presentar la correspondiente demanda judicial, situación que no ocurrió en el presente caso, toda vez que esta fue presentada el **1 de abril de 2013**²¹, por lo cual la prescripción de la reliquidación de las mesadas comenzará a contar tres años atrás de la fecha de presentación de la demanda, por lo cual se declarará la prescripción parcial sobre la reliquidación de las mesadas anteriores al **1 de abril de 2010**. Lo anterior, en virtud de lo establecido en el Decreto 1848 de 1969, en su artículo 102, el cual dispone:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Dicha prescripción trienal, ha dicho el Consejo de Estado²², *“aunque está prevista para los derechos establecidos en el Decreto 3135 de 1968, se hace extensiva analógicamente al resto de prestaciones de los Servidores Públicos por existir un vacío legal”*.

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 del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias

²⁰ Folios 13-19

²¹ Folio 8

²² Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02298-01(0489-08)

en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del dos (2%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

7. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de IMPROCEDENCIA DE LO PRETENDIDO por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución N° 10393 de fecha 10 de marzo de 2008, mediante el cual la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL “CAJANAL EICE”**, negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora **GLADYS MERCEDES ARROYO MARTINEZ**, con fundamento en lo dicho en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL “CAJANAL EICE”** hoy **UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP** para que **RELIQUIDE** la pensión de la señora **GLADYS MERCEDES ARROYO MARTINEZ**, con base a lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo la asignación básica, la prima de vacaciones, la prima de servicios, la prima de navidad, el subsidio de alimentación; y/o cualquier otro factor salarial devengado por la actora en el último año de servicio. Con la salvedad que, sí sobre estos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

CUARTO: CONDENASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reliquidada la pensión de jubilación de la actora, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **1 de abril de 2010**, acorde con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del dos (2%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

SÉPTIMO: La presente sentencia se cumplirá de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 203 de la Le 1437 de 2011.

OCTAVO: En firme este fallo, devuélvase a la demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos de proceso. Efectúese las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático de administración judicial siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA
JUEZ