



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, siete (07) de noviembre del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPÍTIA

Medio de Control **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **70001.33.33.005.2013.00001.00**
Demandante: **Judith Esther Suarez Quintero**
Demandado: **CAJANAL E.I.C.E. en Liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”.**

Se procede a decidir en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por la señora Judith Esther Suarez Quintero mediante apoderado judicial, contra CAJANAL E.I.C.E. en Liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”.

I. LA DEMANDA

A - PRETENSIONES

1- Que se declare la nulidad de la resolución N° 34490 del 19 de julio de 2008, por medio del cual la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL “en liquidación” niega la reliquidación de la pensión de vejez a la actora.

2- En consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordene a CAJANAL E.I.C.E. “en liquidación” y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”, reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Judith Esther Suarez Quintero, con la inclusión de todos los factores salariales devengados entre el día 30 de mayo del 2000 y el día 30 de mayo de 2001.

3- Que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar a favor de la actora, los incrementos a las mesadas pensionales a partir del día 30 de mayo de 2001.

4- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

5- Que se ordene a la entidad demandada el pago de la condena, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde el día 14 de Abril de 1997 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

6- Que se condene en costas procesales a la demandada, en donde se incluyan las agencias en derecho.

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Expresa la parte actora que la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL E.I.C.E, le reconoció a la señora Judith Esther Suarez Quintero una pensión de vejez, mediante la resolución N° 30064 del 30 de septiembre de 2005, con efectividad a partir del 14 de abril de 2002.

Que trabajó desde el día 16 de mayo de 1976, hasta el día 30 de mayo de 2001 como servidora público en diferentes cargos administrativos al servicio del departamento de Sucre; y que es beneficiaria del régimen de transición, por

cuanto a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con los dos requisitos exigidos por el artículo 36 ibídem para acceder a tal beneficio.

Así mismo, que la resolución en mención liquidó su pensión de vejez con el 85% de la asignación básica y la prima de antigüedad de los últimos 7 años y 2 meses anteriores al cumplimiento del status, y en el año anterior al cumplimiento del status jurídico, es decir entre el 14 de abril de 1996 y el 14 de abril de 1997, además de la asignación básica y la prima de antigüedad, la misma devengó otros factores salariales tales como: prima de transporte, prima vacacional, prima semestral y prima de navidad.

Por último, indicó que a través de apoderado solicitó a la entidad demandada la reliquidación de su pensión de vejez, la cual fue negada mediante resolución N° 34490 del 19 de julio de 2008, bajo el argumento de que al reliquidar la misma ésta arroja un monto inferior al reconocido en la resolución N° 30064 del 30 de septiembre de 2005, y que por favorabilidad no procede acceder a dicha petición.

C – FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Artículos 2, 6, 13, 25, 48 y 83.

Legales: Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985, Ley 71 de 1988, artículo 9 de la Ley 100 de 1993.

Expresa la actora en su concepto de violación que la entidad demandada con su proceder viola la normativa constitucional, en el sentido de que desconoce las disposiciones supra legales en la medida en que no acoge sus postulados, específicamente en lo referente a la efectividad de los principios y derechos de los ciudadanos, derechos como el que le asiste a que se le liquide en

forma correcta la prestación legalmente reconocida. Así mismo, que desconoce el principio de eficiencia de la seguridad social, y que sus actos administrativos no se ajustan al principio de legalidad del cual deben estar investidos.

De igual manera, indicó que la ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; dicho régimen es un beneficio que no le puede ser desconocido a la actora, ya que en la fecha de entrada en vigencia de la ley en comento, la misma cumplía a cabalidad con los dos requisitos o exigencias del artículo 36 *ibidem*, para ser beneficiaria del mismo, por lo tanto la norma jurídica aplicable para establecer el monto del derecho pensional de la demandante es la ley 33 de 1985.

Que la jurisprudencia del Consejo de Estado en la actualidad indica que ley 33 de 1985, no señala 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, y que para el caso de los servidores públicos, como es el de la demandante, deben incluirse en la liquidación de su pensión todos los factores que constituyen el 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, y para el caso concreto pues obviamente aquellos que no fueron tenidos en cuenta como prima de transporte, prima vacacional, prima semestral y prima de navidad.

Finalmente, que sobre el derecho que le asiste a la actora a la reliquidación de su pensión, se trae a colación el artículo 9 de la ley 71 de 1988, por la cual se expidieron reglas sobre pensiones, en el que reza que “las personas pensionadas o con derecho a pensión del sector público en todos sus niveles, que no se hayan retirado del servicio de la entidad tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales, haya aportado al ente de previsión social”; por tanto, la actora obtuvo el status jurídico para acceder a la pensión el día 14 de abril de 1997, pero continuó en el servicio hasta el día 30 de mayo de 2001, ciertamente le asiste el derecho a que se refiere la norma en comentario, es decir a que se le reliquide su pensión, tomando como base para tal reliquidación el último año de salarios devengados, y entendiendo por salario todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta, de su relación laboral, para el caso en particular el sueldo y las primas de transporte, vacacional, prima semestral y prima de navidad.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 25 de febrero de 2013, notificado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público el día 27 de febrero de 2013, y a la entidad demandada el 26 del mismo mes y año, a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 40 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: Cajanal E.I.C.E. en liquidación a través de apoderado judicial, presento contestación de demanda mostrándose de acuerdo con los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º y 9º, y señalo que la pretensiones de la demanda están llamada al fracaso porque las mismas carecen de sustento jurídico.

Por último propuso las siguientes excepciones:

b.1 Legalidad del acto acusado: Fundada en que en el decreto 691 de 1994 los servidores públicos como la demandante quedaron incorporados a la aplicación de las reglas estatutarias en la ley 100 de 1993, y como quiera que el régimen de transición nada dijo respecto de los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación del derecho y dado a que esta exfuncionaria le son aplicables las demás regulaciones que en materia pensional desarrolla la citada ley, es perfectamente legal que le cobijen las normas complementarias dictadas sobre el particular, que para el caso en mención es el decreto 1158 de 1994, que de manera taxativa señaló cuales serian aquellos factores salariales sobre los cuales había de cotizar para efectos de acceder a la pensión, que posteriormente sobre esto se liquidaría el Ingreso Base de Liquidación para determinar el monto pensional.

Que el artículo 6° del decreto 691 de 1994 excluye de manera expresa los factores distintos a los contemplados en ella para efectos de realizar aportes así como para liquidar pensiones, por lo cual resulta ajustado a derecho el acto demandado, mediante el cual se reconoció una pensión conforme al 75% del promedio de lo devengado por la demandante habida consideración de los factores salariales contemplados en el decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se efectuó aportes al sistema.

Finalmente, concluye que no hay lugar a la reliquidación por aplicación integral de la ley 33 de 1985 según lo expuesto por la parte demandante, pues el legislado fue claro al señalar que a los beneficiarios del régimen de transición previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, solo se les respetaran aquellas condiciones de edad, tiempo de servicio y monto pensional, sin embargo en cuanto al IBL, que no debe confundirse con el monto, este se liquidara con arreglo a lo normado en la ley 100, de allí que el reconocimiento inicial de la pensión, así como las reliquidaciones posteriores efectuadas a esta no se encuentran transgrediendo prerrogativas de orden legal.

b.2 Inexistencia de la obligación: Consistente en que la liquidación del derecho del demandante se encuentra ajustada a la ley, pero en el caso de aceptar la hipótesis planteada por la parte actora, es decir, que a la demandante se le aplique única y exclusivamente lo dispuesto en la ley 33 de 1985, deberán reconocerle los factores salariales omitidos por aquellos que la mencionada ley taxativamente señalo como tales, y al comparar dichos factores con los reclamados por la demandante se tiene que en tal disposición no quedaron señalados los reclamados por ella, de modo que no hay lugar a reliquidación, pues la propia ley quien de manera taxativa se encargo de señalar los factores salariales que deberían ser incluidos o tenidos en cuenta al momento de la liquidación pensional.

b.3 Genérica del artículo 306 del C.P.C.: Referente a que en virtud del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a poderes oficiosos del juzgador es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de hechos ni los fundamentos de derecho que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juzgado encuentra probados los hechos que la constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

C –AUDIENCIA INICIAL. – La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de fecha 29 de julio de 2013, celebrada el día 06 de agosto de 2013, a las 02: 300 PM, en la cual se agotaron debidamente cada una de las subetapas, tal como consta en la correspondiente acta visible a folios 118 al 129, y la respectiva grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 131 del expediente.

D –AUDIENCIA DE PRUEBAS. – Estando en audiencia inicial se decretaron las pruebas a practicar, por lo que se fijó el 24 de septiembre de de 2013, a las 02:30 AM, como fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, la misma fue celebrada en la fecha estipulada con el recaudo de las pruebas

documentales decretadas, tal como consta en la correspondiente acta de registro visible a folio 139 al 141, y la correspondiente grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 142 del expediente.

E – ALEGACIONES. – Estando constituido en audiencia de pruebas el despacho dispuso prescindir de la celebración de la audiencia de alegaciones y Juzgamiento por considerarla innecesaria en el asunto, por tanto dispuso que las partes y el Agente del Ministerio Público presentaran por escrito sus alegatos de conclusión, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 del C.P.A.C.A. Así, dentro del término concedido se alegó en los siguientes términos:

En esta oportunidad el apoderado de la parte actora hace un recuento de las pruebas aportadas al proceso y lo probado con ellas, y reitera los argumentos expuestos en el escrito de demanda.

De igual forma, la parte demandada ratifica lo expuesto en la contestación de la demanda, y solicita a esta dependencia judicial que mantenga la firmeza de los actos expedidos, y en consecuencia declare la legalidad de la resolución No. 34490 del 19 de julio de 2008, mediante el cual se niega la liquidación de la actora.

De otro lado, el Ministerio Público no allegó concepto de fondo.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A. EL PROBLEMA JURÍDICO. –Consiste en determinar si la demandante señora Judith Esther Suarez Quintero, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: 1) Régimen aplicable en materia pensional, 2) Norma aplicable para la liquidación de pensión de vejez de servidores oficiales. 3) material probatorio, y, 4) El caso concreto.

1. Régimen aplicable en materia pensional.

La Ley 100 de 1993, cuya vigencia en materia pensional tuvo comienzo el 1° de abril de 1994 para el orden nacional y hasta el 30 de junio de 1995 para el orden territorial, por haberlo establecido así el ordenamiento en su artículo 151, consigna en el artículo 36 el régimen de transición de la siguiente manera:

“Artículo 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuara 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 encuentran 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.

...

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos...”

De conformidad con la norma en cita, es claro que las personas que a la entrada en vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para

adquirir la pensión vitalicia de vejez, se les debe aplicar el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, es decir, la norma anterior con fundamento en el principio de favorabilidad y el carácter irrenunciable de estos derechos.

La Ley 100 de 1993 en los artículo 36 y 11 inciso 2, concibe el régimen de transición aplicable a las personas que se encontraban cotizando o estaban próximos a la adquisición del derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia de la ley y manda que los derechos y beneficios establecidos de acuerdo con normas precedentes, sean respetados y preservados.

De esta manera, el régimen de transición y, por tanto, la normatividad anterior resultan ajustables a las personas que el 1 de abril de 1994 acreditaran, o bien tener mínimo 35 años, en el caso de las mujeres o 40 en el de los hombres, o al menos 15 años de servicios o tiempo cotizado tanto para hombres como mujeres. Esto implica, pues, que de llenar dichas condiciones, el interesado está habilitado para reclamar el reconocimiento pensional conforme a normatividad previa a la Ley 100 de 1993, la cual es la Ley 33 de 1985, y su normativa concordante.

Así mismo, con respecto al régimen de transición, el Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, en sentencia de agosto 17 de 2011 M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren dentro del expediente 2008-00342-01, indicó:

*“...Al respecto debe entenderse que por ser de la esencia del régimen de transición, la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto [se refiere al inciso segundo] **opera de pleno derecho** para quienes se encuentren inmersos en el mismo y consolidan su status pensional, así para efectos del cálculo del **quantum** pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así, para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/93, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso tercero en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión...”*

2. Norma aplicable para la liquidación de pensión jubilación de servidores oficiales.

En la Ley 33 de 1985 se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público, en su artículo 1° dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas sobre los mismos factores que hubieren servido de base para calcular los aportes; al señalar que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En el artículo 3° de esa ley se enlistó los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes, de la siguiente manera:

“ 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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- * Asignación básica
- * Gastos de representación
- * Prima técnica
- * Dominicales y feriados
- * Horas extras
- * Bonificación por servicios prestados
- * Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

“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.

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”. (negrillas y subrayas del despacho).”

Respecto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión las decisiones no han sido unánimes, puesto que en veces se ha reconocido que los factores salariales a tener en cuenta son taxativos y son los dispuestos en la ley 62 de 1985¹, otras veces que es solo liquidable lo que hay sido objeto de aportes², y además se ha reconocido que dicha norma es enunciativa y en ese sentido se debe reconocer como computable todo lo devengado por el actor, sin importar que no estuviera descrito en dicha norma³.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Paez Cristancho.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Florez Anibal.

Sin embargo, la sala Plena de la Sección Segunda⁴, en reciente jurisprudencia ha dejado por sentado que para la liquidación de la pensión de jubilación debe tomarse en cuenta todos los factores salariales, y no únicamente los que se encuentran establecidos en la ley 62 de 1985, e incluso en lo referente a la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, si bien no se encuentran en el listado del art. 3° de dicha ley, sí se encuentran establecidos en el decreto 1045 de 1978 como factores salariales para liquidar cesantías y pensión de jubilación, la cual a pesar de ser norma anterior teniendo en cuenta el carácter progresivo de las normas laborales y el principio de la primacía de la realidad, favorabilidad, entre otros, es preciso aplicarla; con el primero de ellos se deja establecido que las normas laborales aún posteriores no deben menoscabar las conquistas laborales a las cuales han llegado los trabajadores en este sentido, en plena concurrencia con el mandato de preferir los hechos sobre las formalidades, se acepta que a pesar de no estar descritas en la legislación posterior deben ser objeto de valoración e inclusión en la liquidación de la pensión de jubilación. Al respecto expresó la sentencia en cita del H. Consejo de Estado:

“Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

...

Así las cosas, 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

⁴Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509 01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA.

base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

...

*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.*

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.⁵”

En ese orden, al encontrarse cobijado en el Régimen de Transición consagrado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, se da la aplicación de la Ley 33 de 1985, atendiendo la tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado⁶, y ratificadas en recientes jurisprudencias de esta misma corporación⁷, consistente en que se deberá incluir todo los factores salariales devengado durante el último año de servicios, teniendo entonces derecho el actor a que se incluyan en su pensión todos los emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sin importar si se encuentran enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular. Observando el principio de favorabilidad para la aplicación de éstos, aún más cuando se ha expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, ya que son un principio general que buscan garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros permitiendo incluir factores devengados por los trabajadores durante el último año de prestación de servicios.

C. MATERIAL PROBATORIO.- Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:

1. Resolución N°30064 del 30 de septiembre de 2005, por medio del cual se le reconoció y se ordenó el pago de una pensión mensual de vejez a la

⁵ Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

⁶ Sección Segunda. Sentencia del 10 de agosto de 2010 MP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y Subsección A, Sentencia del 17 de agosto de 2011 M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷ consejo de estado. Sala de consulta y servicio civil. Concepto 16 de febrero de 2012. C.p. Dr. William Zambrano Cetina y sección segunda C.P Víctor Alvarado Ardila.

demandante señora Judith Esther Suarez Quintero. (Folios 14 al 15, y 2 al 4 del cuaderno de Pruebas No. 1).

2. Resolución N° 34490 del 19 de julio de 2008, por medio del cual la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL “en liquidación” niega la reliquidación de la pensión de vejez a la actora. (Folios 18 al 23, y 4 al 7 del cuaderno de Pruebas No. 1)

3. Certificado de los factores salariales devengado por la actora para los años de 1990 a 2001, suscrito por el Asesor de Recursos Humanos del Departamento de Sucre. (Folios 25 al 28, y 9, 24 al 25 del cuaderno de Pruebas No. 1).

4. Expediente administrativo de la señora Judith Esther Suarez Quintero. (Folios 10 al 95 del cuaderno de Pruebas No. 1).

5. Solicitud de reliquidación de pensión de vejez de fecha 19 de diciembre de 2006, elevada por la actora ante la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL. (Folios 50 al 51 del cuaderno de Pruebas No. 1).

D- CASO CONCRETO – En el sub-lite aparece acreditado que a la demandante se le reconoció la pensión mensual de vejez a través de la resolución N° 30064 del 30 de septiembre de 2005, en cuantía de cuatrocientos ochenta y nueve mil seiscientos setenta y nueve pesos (\$ 489.667.86), efectiva a partir del 14 de abril de 2002, tomándose como factores salariales para su liquidación solamente la asignación básica mensual y la prima de antigüedad, visible a folios 14 al 15 del expediente.

De igual forma, se constato que la demandante mediante petición de fecha 19 de diciembre de 2006, solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL la reliquidación de pensión de vejez adquirida, siendo esta negada a

través de la resolución N° 34490 del 19 de julio de 2008. (Folios 4 al 7, y 50 al 51 del cuaderno de Pruebas No. 1).

Este despacho judicial para entrar a determinar si la señora Judith Esther Suarez Quintero, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, de conformidad con la Ley 33 de 1985, y sus normas reglamentarias, estudiara de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente el régimen pensional que le corresponde a la misma.

De conformidad con el acervo probatorio, se vislumbra que la actora alcanzó su status jurídico el 14 de abril de 1997, y que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), la misma superaba los 35 años de edad⁸, y tenía más de 15 años de servicio,⁹ razones por las cual, de conformidad con el artículo 36 de esa disposición, la actora se encontraba incurso en el régimen de transición¹⁰, y por consiguiente, le era aplicable el régimen anterior que estaba a la fecha de entrada en vigencia del nuevo estatuto pensional, es decir, el establecido en la Ley 33 de 1985.

En ese orden, teniendo en cuenta el Art. 1° de la ley 33 de 1985, la liquidación de la pensión se debe hacer sobre el promedio de todo lo devengado en el último año por el actor, con los factores salariales efectivamente cancelados de los descritos en el Art 45 del decreto 1045 de 1978 y la ley 33 de 1985. Como en el Sub-lite aparece que el actor se retiró del servicio el 30 de mayo de 2001 (Fl. 14); por lo tanto, el último año efectivo de servicio comprende el lapso de fecha 30 de mayo de 2000 a 30 de mayo de 2001, y los factores salariales a tener en cuenta son los certificados allegados al proceso en dicho periodo, que no fueron incluidos en la Resolución N°30064 del 30 de septiembre de 2005, con la que adquirió el derecho.

⁸ Pues para la fecha tenía 47 años de edad, ver folio 14 del expediente.

⁹ A la entrada en vigencia de la ley 100/93 tenía 27 años de servicio. Ver folio 25 del expediente.

¹⁰ *El art. 36 contempla el régimen de transición, contemplaba con el cumplimiento de uno de los requisitos tenía derecho a aplicársele el régimen anterior, a quien tuvieran 35 años de edad en caso de ser mujeres, 40 años para los hombres ó 15 años de servicios.*

Ahora, como lo ha reiterado nuestro alto tribunal¹¹ para la liquidación de la pensión de vejez, por principio general, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios. En razón a ello, y a las normas estudiadas el monto pensional debe reliquidarse con el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

De suerte que, se observa a folios 25 al 28, y 9, 24 al 25 del cuaderno de pruebas, certificados de los factores salariales devengados del último año de servicio por la actora, correspondiente al año entre 2000 a 2001, en la que se detallan prestaciones como prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad, prima de transporte y prima de antigüedad.

Por lo anterior, podemos concluir que la actora le asiste el derecho de reliquidar su pensión mensual vitalicia de vejez, por las razones arriba contempladas, no conforme al 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 7 años, 2 meses, conforme a lo establecido en la ley 100 de 1993, sino de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, y su normas concordantes. Sin embargo, como a la misma le fue reconocida la Resolución N°30064 del 30 de septiembre de 2005, ésta solicitó la reliquidación de su pensión de vejez el día 19 de diciembre de 2006, y la demandada respondió negativamente dicha solicitud, a través de la Resolución N° 34490 del 19 de julio de 2008, acto el cual se controvierte, por lo que si bien en el 2006 se interrumpió el termino de prescripción de las mesadas pensionales, la misma no se materializó , toda vez que no se actuó dentro del término prescriptivo por la ley; y sólo hasta el 17 de enero de 2013, al presentar la demanda para pedir la nulidad del acto en comento se interrumpió dicho termino, de conformidad con el artículo 91 del C.P.C, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA.

¹¹ Sección Segunda - Subsección "A", sentencia de fecha 7 de julio de 2005, C.P. Alberto Arango Mantilla, rad. No. 25000-23-25-000-2000-00070-01(2100-04).

Por tanto, el 17 de enero de 2013 con la presentación de la demanda se interrumpió la prescripción, el reajuste de las mesadas pensionales comprendidas entre el 19 de julio de 2008¹² y el 17 de enero del 2010 se encuentran prescritas, por lo que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP” reajustará las mesadas pensionales, con efectos fiscales desde el 17 de enero del 2010¹³.

Las diferencias a pagar, que será de las sumas resultantes -que deben pagarse- se deben descontar las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas para determinar las "sumas insolutas" a favor de la parte actora. Y la suma diferencial que resulte insoluta deberá ser ajustada al valor, en los términos del Art. 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula sentada para estos eventos por el Consejo de Estado.

Índice Final

$$R = RH X \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Índice Inicial

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la Parte Actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoría de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

¹² Fecha en que la entidad se pronunció negativamente y volvieron a contarse los tres años.

¹³ En igual sentido, sent de catorce (14) de junio de dos mil seis (2007).-

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-07552-01(4793-05)

Ahora bien, por todo lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, esta unidad judicial considera que las excepciones propuestas de legalidad del acto acusado e inexistencia de la obligación, no están llamadas a prosperar.

COSTAS:

Se condenara en costa la parte vencida, y se ordenara liquidar las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la N° 34490 del 19 de julio de 2008, por medio del cual la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL – EICE en Liquidación (hoy la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”), niega la reliquidación de la pensión a la actora.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”, reliquidar la Pensión Mensual Vitalicia de Vejez, reconocida a la señora Judith Esther Suarez Quintero, mediante Resolución N°30064 del 30 de septiembre de 2005, incluyendo los siguientes factores salariales: Primas de vacaciones, prima de Navidad, prima de transporte y prima semestral, devengadas en el último año de servicio prestados, a partir del 17 de enero del 2010, por prescripción trienal, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, y su normas concordantes.

TERCERO: Condenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”, a pagar a la señora Judith Esther Suarez Quintero, identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.172.773 de Sincelejo – Sucre, las diferencias de las mesadas pensionales entre los valores reconocidos en la Resolución N°30064 del 30 de septiembre de 2005 y los que resulten de la reliquidación, con los ajustes de ley o intereses que correspondan, de acuerdo a la formula indicada en la parte motiva de esta providencia, y a las precisiones anotadas en la misma.

CUARTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios, de conformidad con el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Niéguese las demás suplicas de la demanda.

SEXTO: Condénese en costas a la parte vencida, y ordénese por secretaria la liquidación de las mismas y las respectivas agencias en derecho, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, tal como lo estipula el artículo 188 del CPACA.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza

