REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias, 14 de septiembre del dos mil dieciséis (2016).

ACCIÓN	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
RADICACIÓN	**13-001-33-33-008-2015-00417-00**
DEMANDANTE	**NERYS ESTHER PEINADO HERNANDEZ**
DEMANDADO	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP.**

PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **NERYS ESTHER PEINADO HERNANDEZ,** a través de apoderado judicial, contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP.**

I. LA DEMANDA

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

DECLARACIONES Y CONDENAS

1. DECLÁRESE la nulidad ABSOLUTA del acto administrativo Resolución RDP 002021 de fecha 20 de enero de 2015 notificado el 11 de febrero de 2015, expedido por LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, que se niega a reliquidar una pensión de vejez de la demandante.

2. DECLÁRESE la nulidad ABSOLUTA del acto administrativo Resolución RDP 014706 de fecha 16 de abril de 2015 notificado electrónicamente el día 07 de mayo de 2015, expedido por LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, que en sede de apelación confirma la decisión tomada en la Resolución RDP 002021 de fecha 20 de enero de 2015.

3. DECLÁRESE que la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E., al reconocer a través de la Resolución UGM 002041 del 25 de julio de 2011 la pensión de jubilación de la demandante, no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que remuneraron el servicio en el período comprendido entre el 16 de julio de 1998 y el 15 de julio de 2008, razón por la cual tal resolución también debe ser declarada parcialmente nula.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

Como consecuencia de dicha declaratoria de nulidad a título de restablecimiento del derecho:

A. CONDENE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP reliquide la primera mesada pensional de la señora NERYS PEINADO HERNÁNDEZ, a fin de que en ella se incluyan todos aquellos factores que no fueron tenidos en cuenta por las Resoluciones UGM 002041 del 25 de julio de 2011; Y RESOLUCIONES RDP 002021 de fecha 20 de enero de 2015 notificado el 11 de febrero de 2015 Y RDP 014706 de fecha 16 de abril de 2015 notificado electrónicamente el día 07 de mayo de 2015, expedido por LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

B. CONDENE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP que para efectos de determinar el nuevo IBL será necesario, no solo incluir la totalidad de los factores salariales percibos por la demandante durante el periodo comprendido entre el 16 de julio de 1998 y el 15 de julio de 2008, sino actualizar el promedio base de liquidación, teniendo en cuenta que el ultimo día laborado fue el 15 de julio de 2008 y el reconocimiento y pago que se realizó tres años después.

C. CONDENE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, las diferencias dejadas de pagar en su mesada pensional desde el 16 de julio de 2008 y hasta la fecha en que se resuelva favorablemente esta demanda y las que se causen en adelante.

D. CONDENE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a cancelar los intereses de mora que ocasionó el pago tardío de las sumas de dinero que ahora se reliquidan.

E. De no acceder a los intereses de mora solicitados como principales, de manera subsidiaria a todas las sumas reconocidas y pagadas CONDENE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP aplicarle la indexación a la condena, a fin de las sumas de dinero (moneda), no vean disminuido su valor adquisitivo.

4. CONDENE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP le dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A., y que la condena sea actualizada de acuerdo con el I. P. C. Nacional y que se reconozcan intereses moratorios comerciales, desde la ejecutoria de la sentencia hasta su cancelación total sobre las sumas liquidadas.

5. Que se condene en costas, agencias en derechos y gastos del proceso a la entidad demandada.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

HECHOS

1. La mandante fue pensionada mediante la Resolución UGM No. 002041 del 25 de julio de 2011 reconoció pensión, adicionalmente por Resolución UGM 2041 del 25 de julio de 2011 se determinó la cuantía de la pensión por un valor de $912.830.99.

2.- En las anteriores resoluciones se determinó que le otorgara como cuantía de la pensión, el promedio del 80% de los últimos 10 años. se actor no se le incluyo en nómina todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, por ello, presenta reclamación administrativa a fin de que se lo corrija tal situación, sin embargo, la misma es negada por la demandada.

3.- la mandante se encuentra dentro del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993.

NORMATIVIDAD VIOLADA y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como fundamentos de derecho invoco los artículos 50 y ss. del Código Contencioso Administrativo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Leyes 57 y 153 de 1887, El Decreto 1042 y 1045 de 1978, Decreto- Ley 603 de 1977 o Régimen Especial de los Trabajadores de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el artículo 2o de la Ley 5a de 1969 y en especial la sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 25000232500020060750901 (01122009), de agosto 4 de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado y así como los principios laborales de favorabilidad y condición más beneficiosa.

ARTICULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993.

> *"Régimen de Transición. 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 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, 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.*

La poderdante nació el 26 de mayo de 1955 y desde el 1 de octubre de 1969 hasta el 15 de juli de 2008, laboro como auxiliar de enfermería al exclusivo de empresas públicas del estado colombiano, lo que quiere decir que al 1 de abril de 1004, fecha en entrada en vigencia a ley 100 de 1993. Tenía 39 años de edad y 24 años de servicio exclusivo al sector público, según la información anterior la demandante se encuentra amparada por el régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

DE LOS FACTORES SALARIALES QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA CONSTITUIR EL IBL.

Agrega el actor que el artículo 42 del Decreto - Ley 1042 de 1978 reitera que "... constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios. La totalidad de los factores salariales que remuneraron el servicio del demandante e durante el periodo comprendido entre el 1o de octubre de 1997 al 30 de septiembre de 1998, lo constituyen: el salario o asignación básica, el auxilio de alimentación, las horas extras, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la remuneración electoral.

De todos los factores devengado por el poderdante, no todos fueron tenido en cuenta para establecer el monto de la pensión, excluyeron sin razón ni motivo aparente los demás factores salariales certificados por su empleador y que reposan en el expediente administrativo, de igual manera anexamos a esta demanda certificado de reciente data en la que el empleador ratifica los valores que la poderdante efectivamente percibió como remuneración por su servicio durante el último año tales como el subsidio de trasporte, la prima de alimentación, la bonificación por antigüedad, la prima de vacaciones, la prima semestral y la prima de navidad.

Se nota claramente como CAJANAL y UGPP aplican las normas jurídicas a su acomodo. Porque en gracia de discusión, si efectivamente hubieren querido aplicar la Ley 33 de 1985 lo harían por remisión expresa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que los remite a la Ley 33 de 1985, y en ese caso debían reconocer la prestación con base en todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, pero teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en el artículo 3o de la misma Ley 33 de 1985 y el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978. Y sin embargo recurren al Decreto 1158 de 1994, norma que de ninguna manera se aplica al caso concreto, pues ignora la jurisprudencia y solo la usan para desmejorar el IBL de la apadrinada.

II. RAZONES DE LA DEFENSA

En derecho fundo la defensa de mí representada en las siguientes normas, y Excepciones:

Esta contestación se hace con la garantía que le asiste a la encartada la Constitución Nacional en su art. 23 y su derecho al debido proceso y a su vez el principio de contradicción, el cual abre las puertas a debate jurídico en contra peso a la causa petendi. Igualmente se funda en el artículo 144 del Código Contencioso Administrativo y demás normas concordantes.

Es menester señalar que la ley y en la mayoría de los casos la jurisprudencia nacional, han sido rigurosos con los elementos que debe probar el actor para obtener la prosperidad de la pretensión anulatoria, imponiéndose las siguientes cargas procesales: la individualización precisa del acto que se demanda, la

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

identificación exacta de las normas violadas y el concepto de la violación; copia del acto acusado; si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen y si se trata de un acto administrativo particular, el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Además, una vez emitidos los actos administrativos se considera que los mismos están ajustados a derecho, esto es, a las normas jurídicas que le son de obligatoria observancia y cumplimiento. Es una presunción que la ley denomina iuris tantum, la cual se puede desvirtuar cuando se demuestra que se contravino el ordenamiento jurídico.

Como contrapartida necesaria y lógica de la presunción de legalidad de dichos actos, la Constitución y las leyes, en su orden, han regulado y reglamentado, la teoría de las nulidades, con la finalidad de ejercer un control a través del ejercicio de determinadas acciones sobre el actuar de la administración.

Los actos administrativos cumplidos en ejercicio de facultades regladas y de conformidad con los recaudos necesarios para su validez en cuanto a forma y competencia, deben tenerse por firmes, inamovibles y revestidos de valor de cosa juzgada en pro y en contra de los administrados y del mismo poder actuante, principio este que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea en supuestos en que ha mediado error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y que hayan sido acreditados con maniobras dolosas o fraudulentas.

En este orden de ideas, las causales por las cuales es procedente declarar la nulidad de un acto administrativo serían las siguientes: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

Con respecto al caso concreto se tiene que este circunscribe a un tema sobre el régimen aplicable al demandante.

Uno de los objetivos de la Ley 100 fue buscar la unificación de los diferentes regímenes pensiónales que existían con anterioridad a su vigencia, sin embargo, con el objeto de no afectar las situaciones próximas a consolidarse, se estableció un régimen de transición que permitiera la aplicación gradual del nuevo sistema de pensiones.

Solicito que se tenga en cuenta la nueva sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional con la radicación IV. EXPEDIENTE T-3.558.256 - SENTENCIA SU-230/15 (abril 29) M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual la sala plena volvió a sentar las bases para la interpretación del régimen de transición en los siguientes términos:

La Sala Plena estudió la acción de tutela interpuesta por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la

Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital, al ordenar que la liquidación de su mesada pensional se realizara con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (Ley 100 de 1993, artículo 36), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1 de Ley 33 de 1985), como, según el actor, correspondía. Comunicado No. 16. Corte Constitucional. Abril 29 y 30 de 2015.

El actor señaló que su empleador, así como los jueces laborales, aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2º y 3º, el artículo lº de la Ley 33 de 1985, lº de la Ley 62 de 1985, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y artículos 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969, pues su pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio en el que se incluyen todos los factores salariales. Alegó que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 conservó para sus beneficiarios la aplicación de la norma anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación.

A este respecto la Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

Por tanto, concluyó que en el caso del actor no hubo vulneración de su derecho al debido proceso, pues no se estructuró el defecto sustantivo alegado, ya que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las Salas de Revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que esa postura cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, que fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Con base en lo anterior, la Sala resolvió confirmar la sentencia de segunda instancia, que denegó la tutela interpuesta por el actor contra la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular.

De igual manera solcito tener en cuenta el reciente pronunciamiento del

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

Tribunal Administrativo de Bolívar, dentro del proceso de Carmen Elena Castro Cordero contra la UGPP, en el cual mediante sentencia de fecha 27 de octubre de 2015 se denegaron las pretensiones de la demanda y se acogió el criterio de interpretación de la aplicación sentencia SU 230 de 2015 en cuanto a la aplicación de régimen de transición, por lo cual solicito también tener en cuenta la nueva posición del Tribunal Administrativo de Bolívar sobre la aplicación del mencionado régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Especialmente en cuento al IBL que se encuentra indicado en el inciso tercero de ese artículo.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE: alega la apoderada de la parte demandante que se encuentran efectivamente probados los requisitos de la poderdante Nerys Peinado Hernández para acceder a la pensión en su calidad de servidora pública, tales son edad de 50 años, que se prueba con documento de identidad a folio 15 y registro civil a folio 14 y tiempo de servicio con certificados de información laboral en formatos 1, 2 y 3B expedidos por su empleador a folios 35 a 41 del plenario, que acreditan que mi mandante laboro como auxiliar del área de la salud al servicio del Hospital Montecarmelo del Carmen de Bolívar, hoy ESE durante 21 años ininterrumpidos y otros 15 años más para otras entidades del sector público, para un total de 12981 días o 35,3 años como lo establece Cajanal en la Resolución UGM 002041 de 25 de Julio de 2011 en el que reconoce a mi asistida una pensión de vejez.

Agrega además que se encuentra acreditada la calidad de beneficiaria de la señora Nerys Peinado Hernández del Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como también existe reconocimiento de tal hecho por parte de la demandada UGPP en las resoluciones enjuiciadas.

Así las cosas mi poderdante debería acceder a la pensión de acuerdo con los requisitos establecidos por la Ley 33 de 1985, es decir con 50 años de edad y en porcentaje del 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos como retribución por su servicio durante el último año de servicio, si no fuera por el hecho de que su empleador la ESE HOSPITAL MONTECARMELO DEL CARMEN DE BOLÍVAR, entro en proceso de liquidación desde el año 2006 y durante el último año de servicio de mi asistida, comprendido entre el 16 de Julio de 2007 y 15 de julio de 2008, se desmejoro su salario y condiciones laborales debido a que el Hospital sumido en la crisis financiera laboraba a media marcha por no decir cerrado.

Esta situación hace que para la poderdante el monto del IBL establecido por Ley 33 de 1985, sea menos favorable que el establecido en la propia Ley 100 de 1993, que toma en cuenta como monto de la pensión el 80% de los factores salariales percibidos por la misma en los últimos 10 años de servicio, lo que de acuerdo con la liquidación que se anexo a la demanda es ostensiblemente más favorable para la prohijada que lo liquidado por el ente demandado UGPP.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

El Artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 fue declarado exequible, bajo la precisión de que no puede desconocerse en forma privilegiada las sentencias de la Corte Constitucional en control abstracto de constitucionalidad, esto es las sentencias C como así está consagrado en el artículo 243 de la Constitución Política. Es por ello que bien se debe seguir aplicando el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016, que la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha venido aplicando sistemáticamente durante 20 años, habida cuenta que no estamos ante una sentencia de constitucionalidad, sino una sentencia de tutela, que así sea de unificación, en virtud de la Ley 270 de 1996, no tiene el mismo carácter que las sentencia de constitucionalidad.

De otra parte, la aplicación de las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016, proferidas por el Consejo de Estado preserva el principio de igualdad de la poderdante frente a quienes, estando bajo una misma situación fáctica, ya ha obtenido la reliquidación de sus pensiones con fundamento en aquella sentencia.

Finalmente frente al argumento de que el empleador ESE HOSPITAL MONTECARMELO no cotizara sobre la totalidad de los factores salariales percibidos por la asistida Nerys Peinado Hernández durante los últimos 10 años de servicios, la entidad empleadora debió efectuar los aportes correspondientes sobre esos valores efectivamente percibidos por prohijada como remuneración por sus servicios y en la eventualidad de que no los hubiera realizado efectivamente, tal situación no le permitía a UGPP su exclusión para efecto de la liquidación de la pensión de jubilación, como lo precisó el Consejo de Estado en sentencia de octubre 28 de 1993, Ponente, Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

PARTE DEMANDADA: El art 36 de la ley 100 de 1993 establece el régimen de transición señalando la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo se servicio o el número de semanas cotizados y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia es sistema, tengan 35 a más años de edad si son mujeres o 40 años o más de edad si son hombres o 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 esta ley.

Que el peticionario se encuentra dentro del régimen de transición de la ley 100 de 1993, teniendo derecho que su pensión de vejez sea calculadas conforme al tiempo de servicios, edad y monto, contemplado en la ley 33 de 1985, esto es, 20 años de servicios al estado, 55 años de edad, para hombres y mujeres, con un monto del 75% del Ingreso BASE LIQUIDACION.

Conforme al inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 el Ingreso Base Liquidación IBL será el promedio de lo debidamente devengado en el tiempo que les hiciere falta para obtener el derecho a la pensión, o de 10 años en caso

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

de que este fuese superior, valores debidamente ACTUALIZADOS ANUALMENTE CON BASE EN LA VARIACION DEL INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR, según certificación que expida el DAÑE.

El actor adquirió el status jurídico de pensionado en vigencia de la ley 100 de 1993, y de acuerdo a lo anterior, se procede a realizar la liquidación de la pensión aplicando el 75% sobre el INGRESO BASE DE LIQUIDACION conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado el interesado, conforme al inciso 3 o 6 del art 36 de la ley 100 de 1993.

Sin embargo, en cuanto a la forma de liquidar se debe tener en cuenta lo establecido en el inciso 3 del art 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que adquirió el status jurídico de pensionado en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo tanto la liquidación para estas personas que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizados durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación expedida por el DAÑE.

Y en cuanto a los factores salariales que se deben tener en cuenta, para determinar el ingreso base de liquidación, son los establecidos en el decreto reglamentario 1158 de 1994 de la ley 100 de 1993, que establece en su art 1º. "*el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los Servidores públicos que por el presente decreto se incorporen, estará constituido por los factores taxativamente señalados en esta norma.*"

Por lo anterior la liquidación de la pensión de vejez del actor, se incluyeron los factores salariales a que tiene derecho, acorde con la normatividad antes citada.

Como se puede observar este artículo no incluye como factores salariales base de liquidación la prima de navidad, la de vacaciones ni el subsidio de transporte ni de alimentación.

Sería un contrasentido incluir factores salariales que no fueron objeto de descuentos para pensión, máxime cuando en nuestro sistema jurídico es de pensiones basadas en los portes a pensión que efectivamente realicen los afiliados.

Así las cosas, la liquidación pensional de quien hoy demanda se realizó incluyendo los factores salariales a que tenía derecho en su momento, según lo establece la norma transcrita con antelación.

Es por esto Señor Juez que al acceder a cancelar tales factores prestacionales, entre las muchas transgresiones en que incurramos, claramente se tipificaría una transgresión al principio de sostenibilidad presupuesta!, consagrado en el

artículo 1 del acto legislativo de 2005, principio que se llama a la cordura y a la razonabilidad del sistema presupuestal, ya que debe existir coordinación entre los emolumentos y los egresos.

Tal principio de sostenibilidad presupuestal era prioritario, dado que la constitución política no establecía expresamente ningún principio que impusiera la necesidad de asegurar el equilibrio económico del sistema, y porque se puede entonces, conducir a que se adopten decisiones que no lo tengan en cuenta, lo cual a la postre pone en peligro el sistema mismo, vale decir, la posibilidad de asegurar los derechos de los afiliados y la estabilidad financiera de la Nación.

MINISTERIO PÚBLICO: Se abstuvo de presentar concepto.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 12 de agosto del 2015, y admitida por auto de 04 de agosto del 2015, realizándose las notificaciones respectivas a los demandados el 26 de noviembre del 2015.

Continuando con el trámite procesal, se celebró audiencia inicial (Art. 180 CPACA), el día 22 de junio del 2016, en el cual se fija el litigio, se incorporan pruebas y se concede 10 días para presentar alegatos de conclusión.

V. CONSIDERACIONES

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

CUESTIONES PREVIAS

Se presentaron las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCION, BUENA FE Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR pero como quiera que las excepciones presentadas se centran en el debate jurídico de la presente demanda, se resolverá al momento de decidir de fondo las pretensiones deprecadas.

PROBLEMA JURIDICO

¿Les asiste a los demandantes el derecho a que se le incluya la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicio en la pensión; y respecto a NERYS PEINADO el régimen aplicable frente al IBL?

TESIS DEL DESPACHO

Con base en las sentencias de unificación del Consejo de Estado de Febrero de 2016 y Agosto de 2010, y del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se concluye

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones para quienes al 1° de abril de 1994, hubieren cumplido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, indicando que a ellos se les aplicaría lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

En lo que tiene que ver con el período a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Despacho considera que esta disposición no puede aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiarla del régimen de transición, lo procedente es aplicar el régimen anterior en su integridad, esto es, la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de inescindibilidad, que no permite que el operador jurídico utilice simultáneamente dos disposiciones tomando de cada una ellas aquello que resulte más favorable y a la última sentencia del Consejo de Estado. Sin embargo, excepcionalmente, en casos que por favorabilidad resulta más beneficioso aplicar el promedio de los últimos 10 años, se podrá hacer, siempre y cuando el actor pruebe que dicha liquidación, le es más beneficiosa·

Teniendo en cuenta lo anterior, en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.

Como quiera que en este caso, al actor no se le tuvieron en cuenta para liquidar la Pensión de Vejez todos los factores salariales, se deberá incluir los demás factores que disfrutó para liquidar la pensión, en consecuencia se declara la nulidad de los actos administrativos demandados, y en su lugar la entidad demandada liquidara la pensión con todos los factores salariales devengados, con el promedio del último año de servicio y en un porcentaje de 75%, con los que no se tuvieron en cuenta.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

En el presente asunto se resolverá como debe interpretarse el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y por ende la forma como debe aplicarse la liquidación de la pensión del accionante; si es con el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o con el promedio de los salarios devengados en último año de servicio, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Para resolver el presente caso es pertinente analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente lo señalado en la Sentencia SU-230 de 2015; y la expedida por el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado[1] del 25 de febrero de 2016, que con respecto a aplicación del precedente de la sentencia de la Corte Constitucional manifestó que no era aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa en los siguientes términos:

> "Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutiva de la referida sentencia de control constitucional, "*las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso*".
>
> Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:
>
> 1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
>
> 2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".

---

1 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 25000234200020130154101. Referencia: 4683-2013

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

4) **La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable**, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predican exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, **no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.**

Recordemos que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece el régimen de transición de la siguiente manera:

"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.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será 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, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE."

De la norma transcrita, se concluye que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones para quienes al 1° de abril de 1994, hubieren cumplido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, indicando que a ellos se les aplicaría lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Por su parte el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 consagraba lo siguiente:

"Artículo 1°. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos o llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años 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 aquéllos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.".

Así, la Ley 33 de 1985, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, establece que para acceder a la pensión ordinaria de jubilaciòn el empleado oficial debe haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegar a la edad de cincuenta y cinco años (55), caso en el cual la respectiva Caja de Previsión le pagará 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.

Respecto de los factores que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto de la pensión de jubilación, la norma referida fue modificada por la Ley 62 de 1985, en cuyo artículo 1° dispuso:

*"Artículo **1°.-** 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 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
- 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."

No obstante, los factores salariales aquí señalados, el H. Consejo - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-, en providencia de 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, Exp. No. 25000232500020060750901 (0112-2009), reiterado en la Sentencia del 26 de Febrero de 2016 ya citada, estableció que dichos factores no son taxativos; al efecto señaló:

"(...) de acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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 Lev 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. (...)

"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, sólo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo 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 enfrentado.

"Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales -en 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.".

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

Así entonces, conforme a los **principios de progresividad**, favorabilidad en materia laboral y, primacía de la realidad sobre las formalidades, la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, es que la misma no contiene una lista taxativa de los factores a tener en cuenta en la base de la liquidación pensional, razón por la cual, debe entenderse como salario para efectos de la liquidación pensional todo aquello que reciba el empleado como contraprestación directa del servicio, indistintamente de la denominación que adopte.

En lo que tiene que ver con el período a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Despacho considera que esta disposición no puede aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiarla del régimen de transición, lo procedente es aplicar el régimen anterior en su integridad, esto es, la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de inescindibilidad, que no permite que el operador jurídico utilice simultáneamente dos disposiciones tomando de cada una ellas aquello que resulte más favorable. Sin embargo, excepcionalmente, en casos que por favorabilidad resulta más beneficioso aplicar el promedio de los últimos 10 años, se podrá hacer, siempre y cuando el actor pruebe que dicha liquidación, le es más beneficiosa·

Ahora bien, esta Casa Judicial no desconoce el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, contenido en la Sentencia SU 230 de 2015, sin embargo, tampoco puede desconocer lo contemplado en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, que dispone: *"Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos tácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas."*. Este artículo fue estudiado por la Corte Constitucional en Sentencia C-634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la que se dijo:

> *"El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Así, determina que las autoridades, al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos tácticos y jurídicos. Hasta aquí, el precepto no hace nada distinto que reiterar los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, que implican la obligación de fundar las actuaciones del Estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y tácticos análogos.*
>
> *El precepto contiene una segunda prescripción, la cual prevé que para cumplir con las obligaciones constitucionales aludidas, las autoridades deberán "tener en cuenta" las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. Este precepto*

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la adopción de decisiones. A esa fuente el legislador le reconoce carácter vinculante más no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, más no aplicado coactivamente".

Dicho artículo fue declarado exequible, bajo la precisión de que no puede desconocerse en forma privilegiada las sentencias de la Corte Constitucional en control abstracto de constitucionalidad, esto es las sentencias C, habida cuenta de que hay mandato constitucional que así lo impone, artículo 243 de la Carta Política. Bajo estos razonamientos, entiende el Despacho, que ante esta circunstancia, bien se puede seguir aplicando el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, que se ha venido aplicando sistemáticamente en esta jurisdicción, habida cuenta que no estamos ante una sentencia de constitucionalidad, sino una sentencia de tutela, que así sea de unificación, en virtud de la Ley 270 de 1996, no tiene el mismo carácter que las sentencia de constitucionalidad.

Al respecto el Honorable Consejo de Estado reiteró la importancia de las Sentencias de Unificación como precedente jurisprudencial, señaló además, que se deben tener en cuenta los pronunciamiento de la unificación emitidos por dicha Corporación, pues, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, a cargo del cual se encuentran las sentencias de unificación y sus efectos en el interior de la propia jurisdicción. Así mismo, dichos precedentes jurisprudenciales generan un imperativo para las autoridades judiciales y administrativas, que están obligadas a tenerlas en cuenta para decir casos similares, para extender sus efectos a los ciudadanos que lo soliciten y se encuentren en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

"...Se ha señalado hasta el momento (i) que la función de unificación de la jurisprudencia en cabeza del Consejo de Estado deriva de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y que, en tal sentido, es anterior a la ley 1437 de 2011; y (ii) que la Administración tiene el deber general de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en que se han interpretado las normas aplicables al asunto que debe resolver en sede administrativa, lo cual reduce la litigiosidad, promueve la seguridad jurídica y asegura el principio de legalidad y la igualdad de trato a los ciudadanos.

En este contexto, la ley 1437 de 2011 reformó el valor de las sentencia de unificación a través de varios mecanismos de activación judicial y administrativa de sus efectos, así: 1. Deben ser tenidas en cuenta por la Administración al resolver las actuaciones administrativas, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas constitucionales y legales aplicables al caso (artículo 10);... 3. Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos en sentencias de segunda instancia es causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art. 256 y ss) ... 5. La necesidad de expedir una sentencia de unificación jurisprudencial permite que la Sala Plena del Consejo de Estado asuma competencia de asuntos pendiente de fallo en las Secciones que la componen y a estas

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

últimas que lo hagan en relación con los asuntos pendientes de fallo en sus subsecciones o en los tribunales administrativos (artículo 271). 6. Deben ser tenidas en cuenta por las autoridades administrativas para las conciliaciones y así lo debe advertir a ellas el Ministerio Público (artículo 302, parágrafo)[2].

De acuerdo a los argumentos expuestos anteriormente, se continuará aplicando en su integridad la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 emitida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) y la Sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, donde figura como Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., **veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 25000234200020130154101**. Referencia: 4683-2013, pues, representa un importante precedente jurisprudencial de ésta jurisdicción, por tanto, dicho pronunciamiento tiene el carácter vinculante para los operadores judiciales de esta jurisdicción, dentro del cual se encuentra esta Casa judicial. En la cual señaló:

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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.

(...)

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 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

[2] Consejo de Estado de Consulta y Servicio Civil. C.P. William Zambrano Cetina del 10 de diciembre de 2013. No. 11001-03-06-000-2013-00502-00 (2177).

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

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.

(...)

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 cambiado 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

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

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."

Por último, es necesario recordar que el principio de sostenibilidad financiera, incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, el cual en casos como estos conllevaría la cancelación de los aportes no realizados, los cuales no solo corresponden al último año de servicio sino a toda su vida laboral porque el riesgo que ampara la pensión se construyó a lo largo de todo el tiempo de servicio prestado.

Por consiguiente, de las mesadas pensionales reliquidadas se deben deducir las sumas ya pagadas y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto, y una vez ejecutado lo anterior la administración descontará el valor de los aportes que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se dispusieron incluir **y que corresponden a toda su vida laboral**, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago.

En relación con este punto en específico el Consejo de Estado[3] ha dicho:

".... la Ley 33 de 1985 regla dos materias fundamentales, a saber: 1ª) MEDIDAS EN RELACIÓN CON LAS CAJAS DE PREVISIÓN, TENDIENTES A SU FORTALECIMIENTO y 2ª) REGULA DE MANERA "GENERAL" EL DERECHO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON RELEVANCIA EN LOS APORTES SOBRE LOS FACTORES PERTINENTES Y DEROGA LA NORMATIVIDAD "GENERAL" PENSIONAL ANTERIOR CON CITACIÓN DE

[3] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION 'B'. Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO. Sentencia del 29 de junio de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12720-01(6201-05. Actor: DORA ISABEL ACUÑA DE DEVIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

LOS ARTS. 27 Y 28 DEL DL. 3135/68, por lo que se entiende que a partir de su vigencia se aplica a sus destinatarios.

Ahora, el Art. 3°. de esta Ley -norma "general"- determina que se deben pagar APORTES en favor de la Caja de Previsión por las retribuciones que perciben los empleados oficiales y luego señala los factores sobre los cuales se deben liquidar Aportes a los empleados oficiales nacionales, para finalmente precisar que las PENSIONES DE EMPLEADOS OFICIALES DE CUALQUIER ORDEN se deben liquidar sobre los mismos factores por los cuales se haya aportado; pero, ese artículo 3° fue MODIFICADO por el Art. 1° de la Ley 62 de sep. 16/85, que lo reemplazó totalmente (con nuevo texto) donde se determina que los empleados oficiales deben pagar aportes a las Cajas a las cuales estén afiliados, que esos aportes se pagarán sobre los factores remunerativos que allí se precisan y que las "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."

No sobra advertir que ANTES DE LA EXPEDICIÓN DEL RÉGIMEN DE APORTES CON TRASCENDENCIA PENSIONAL (Ley 33/85) el Legislador previamente había consagrado la obligación de los servidores públicos de pagar un porcentaje de la retribución percibida en favor de la Entidad Prestacional con miras a que éstas tuvieran recursos con que cumplir sus obligaciones, aunque la norma no determinaba, en ese tiempo, que solo sobre los factores que se aportara se haría la liquidación pensional; más aún, algunos factores pensionales estaban exentos de pagar el porcentaje como la prima de navidad.
En fin, es importante que los servidores públicos paguen APORTES SOBRE LAS RETRIBUCIONES QUE PERCIBAN EN FAVOR DE LAS ENTIDADES PRESTACIONALES con el fin de que éstas tengan recursos con los cuales puedan cubrir sus obligaciones, más cuando no es posible admitir que un servidor EXIJA DERECHOS a una Entidad sin cumplir OBLIGACIONES con la Entidad por cuanto son correlativos el derecho y la obligación; aún más, la Jurisdicción en varias providencias ha determinado que si por causa de la Administración ya sea por omisión u orientación equívoca no se recauda el aporte de una retribución que tiene incidencia pensional, tal situación no puede constituirse en un OBSTACULO INSALVABLE para que se le tenga en cuenta en la liquidación pensional, pues basta ordenar en la Sentencia que se recaude dicho aporte, descontándolo de las sumas a pagar, con lo cual se da cumplimiento a la ley y no se causa un perjuicio al servidor público, ya que si así no se hace, bastaría la conducta omisiva del Pagador para causar una lesión económica al funcionario en materia pensional."

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

La demandante, **NERYS ESTHER PEINADO HERNANDEZ**, nació 26 de mayo de 1955 (ver folio 14), lo que quiere decir que para el año 1994, tenía 39 años de edad, y laboró durante más de 18 años al servicio de entidades públicas (ver folio 38 y ss); siendo su último cargo fue como auxiliar área de salud; lo que significa que le es aplicables, las disposiciones de la Ley 33 de 1985; y al momento en que se le reconoció la pensión de vejez no se le tuvieron en

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio.

Acorde con lo expuesto se tiene que la reliquidación de la pensión en el caso que nos ocupa, debió efectuarse acorde con lo normado en las normas citadas, es decir, teniendo en cuenta para tales efectos el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Como quiera que en este caso, la entidad que le reconoció en ese momento la administradora de pensiones, no tuvo en cuenta para liquidar la Pensión de Vejez todos los factores salariales (ver folios folio 38-41), así las cosas, se deberá declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y en su lugar la entidad deberá liquidar la pensión con todos los factores salariales devengados según certificación (ver folio 38), con el promedio del último año de servicio y en un porcentaje de 75%, como son: **Salario básico, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicio, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad**, con una prescripción a partir del 18 de septiembre del 2011, habida cuenta que a la demandante se le había reconocido la pensión 25 de julio de 2011, y la reclamación se hizo el 18 de septiembre de 2014 (según folio 23), por lo que operó el fenómeno prescriptivo de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

De otro lado, se ordenará el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación que citamos arriba, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Las sumas a favor del demandante y las deducciones por aportes se ajustarán de acuerdo a las normas legales.

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 de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la Ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....
8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO- Declarar la NULIDAD de las Resoluciones RDP 002021 de fecha 20 de enero de 2015 notificado el 11 de febrero de 2015 y RDP 014706 de fecha 16 de abril de 2015 expedidas por LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, que se niega a reliquidar una pensión de vejez de la demandante NERYS ESTHER PEINADO HERNANDEZ, por no tener en cuenta la totalidad de los factores salariales durante el año de servicios devengados por el demandante.

SEGUNDO- En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, **CONDENESE** a la demandada, a efectuar una nueva liquidación de dicha Pensión, en cuantía equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado por ella en el último año de servicios, con inclusión de todas las sumas devengadas en dicho período por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, cuales son **Salario básico, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicio, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad,** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo. Si frente a alguna de estas sumas no se realizaron descuentos con destino al sistema de seguridad social, la entidad realizará los descuentos que por ley le correspondía efectuar al trabajador, que no hayan sido objeto de descuento y que se haya ordenado incluir en el cómputo de la prestación, y los girará a las entidades destinatarias si hay lugar a ello.

TERCERO- CONDENASE a la Demandada, pagar al demandante las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación, según lo dispuesto en el numeral 3° de la parte

Resolutiva de esta sentencia, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: El ajuste de valor y el pago de los mismos, respecto de las sumas causadas serán a partir del 18 de septiembre del 2011, conforme a la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO- Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEPTIMO- Sin costas.

OCTAVO- Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena