JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 2016-00125

Cartagena de Indias D. T y C, 9 de Mayo de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00125-00
Demandante	NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Tema	Reliquidación de Pensión – Régimen de Transición – Ley 33 de 1985.
Sentencia No	0023

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA**, a través de apoderado judicial, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

2. ANTECEDENTES

Por medio de escrito, la 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.

- PRETENSIÓNES

1- Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

A- Resolución GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015, mediante la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez del demandante.

B- Resolución GNR 55414 del 22 de Febrero de 2016 por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015.

C- Resolución VPB 1881 del 22 de Abril de 2016, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015.

2- Que como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos, se restablezca el derecho del demandante condenando a la demandada:

A- A reliquidar al actor su pensión de jubilación a partir del 1º de junio de 2015, en cuantía del 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta o incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, así; asignación básica y/o sueldo, prima técnica, prima de alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicio, bonificación especial de recreación, prima de antigüedad, auxilio de transporte, subsidio de alimentación y cualquier otro valor devengado que constituya factor salarial.

B- A establecer y pagar las diferencias pensionales que resulte de lo pagado como consecuencia del reconocimiento pensional y lo que deba pagar en cumplimiento de la sentencia a partir del 1º de junio de 2015.

C- A indexar todas las sumas reconocidas y a pagar.

D- A efectuar los reajustes automáticos de la Ley a que haya lugar a partir de la fecha de adquisición del derecho.

E- Ajustar el valor de las condenas con base en el índice del precio al consumidor artículo 187 del CPACA.

F- Al cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

G- Al pago de las costas en los términos del artículo 188 del CPACA.

- **HECHOS**

Como fundamento factico de su demanda, la parte accionante, en síntesis, expuso los siguientes:

1- Indicó, que la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA laboró en la Gobernación de Bolívar como empleada pública, desde el 03 de Julio de 1979 hasta el 30 de Mayo de 2015, o lo que es lo mismo 34 años, 10 meses y 27 días.

2- Explicó, que al haber nacido la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, el 17 de Mayo de 1957, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 37 años de edad.

3- Afirmó, que COLPENSIONES, por medio de Resolución No. GNR 14638 del 22 de Enero de 2015, reconoció a favor de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, la pensión de jubilación en los términos de la Ley 797 de 2003.

4- Aseguró, que la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, laboró al servicio del Estado hasta el día 30 de Mayo de 2015. cuando en virtud del Decreto 0152 de 17 de Marzo de 2013 fue retirada del servicio.

5- Señaló, que mediante Resolución GNR 198619 del 3 de Julio de 2015, fue incluida en nómina de pensionados a partir del 1° de Junio de 2015, la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA.

6- Explicó, que la liquidación de la pensión de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, se efectuó con un Ingreso Base de Liquidación de $ 2.013.384, y que por eso, el 78.94% del mismo, resultó ser la suma de $ 1.589.365.

7- Agregó, que la pensión de jubilación de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, debió ser reconocida y liquidada en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, en los términos de la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición, y no con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2002, como se hizo.

8- Manifestó, que el día 25 de Agosto de 2015, se solicitó a COLPENSIONES, reliquidar la pensión de jubilación de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, en los términos de la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición, y dicha entidad, a través de la Resolución No. GNR 335240 de 27 de Octubre de 2015, le negó tal solicitud, y al momento de resolver los recursos de reposición y en subsidio de apelación interpuestos contra la Resolución No. GNR 335240 de 27 de Octubre de 2015, en su orden, mediante las Resoluciones Nos GNR 55414 del 25 de Febrero de 2016 y VPV 18812 de 22 de Abril de 2016, confirmó la negativa.

NORMATIVIDAD VIOLADA y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como normas violadas la parte demandante citó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1 y 3 de la Ley 33 de 1985, y el artículo 2 de la Ley 62 de 1985.

Y como concepto de la violación de dichas normas, la parte demandante, explicó, en resumen, que la actora tiene derecho a que se le aplique el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, específicamente, el contemplado por la Ley 33 de 1985, por cuanto cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ello, vale decir, que a la entrada 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, y además, porque esta Ley es más beneficiosa para determinar el monto de la Pensión de Vejez, que la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2002, aplicada en el caso de la demandante.

- CONTESTACIÓN

COLPENSIONES: En defensa de sus derechos e intereses argumentó que en la Resolución GNR 257745 del 30 de Agosto de 2016, negó la reliquidación de la pensión de vejez solicitada a favor de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA con base en la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de favorabilidad.

Lo anterior, según explicó, porque al realizar la liquidación de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, de acuerdo a la Ley 33 de 1985, se observó que el valor arrojado con ésta es inferior al obtenido en la liquidación efectuada con base en la Ley 797 de 2003, y por eso se tomó esta última.

Como excepciones de mérito presentó las de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR*", "*BUENA FE*" y "*COBRO DE LO NO DEBIDO*".

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 22 de Junio del año 2016, posteriormente mediante auto de fecha 28 del mismo mes y año se admite y fue notificada a la parte demandante por estado electrónico No. 102.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 22 de Agosto de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Mediante auto de fecha 07 de marzo de 2017, se citó a las partes a audiencia inicial para el día de hoy 04 de Mayo de 2017, en la cual, como lo que se discute es de pleno derecho y las partes no solicitaron el decreto de pruebas, se entrar a decidir de fondo prescindiéndose de la etapa probatoria.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Presentó alegatos de conclusión en audiencia (AUDIO).

DEMANDADO:

COLPENSIONES: Presentó alegatos de conclusión en audiencia (AUDIO).

MINISTERIO PÚBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

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.

4. CONSIDERACIONES

CUESTIONES PREVIAS

Se presentaron las excepciones previas de: "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR*", "*BUENA FE*" y "*COBRO DE LO NO DEBIDO*", 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

Se contrae a determinar si ¿tiene derecho la demandante a que se reliquide su pensión de vejez en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, en los términos de la Ley 33 de 1985?

- TESIS

El hecho de reconocer y liquidar la pensión de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, con base en la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, lesiona el principio de favorabilidad que la ampara, toda vez que, el reconocimiento y liquidación de dicha pensión con base en estas normas, le causa un desmedro económico en el monto de la misma, producto de la diferencia económica que produjo la aplicación de la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, con relación al monto que arrojaría la liquidación de su pensión de vejez de acuerdo a la Ley 33 de 1985.

Por lo que, hasta lo aquí analizado los actos administrativos demandados transgreden las normas en que deberian fundarse; toda vez que COLPENSIONES debió efectuar la liquidación de la Pensión de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicio, en los términos de la Ley 33 de 1985.

Por tal motivo, este Despacho declarará la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 14638 del 22 de Enero de 2015, por medio de la cual COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de vejez a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA; y declarara la nulidad total de la resolución No. GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015 por medio de la cual COLPENSIONES niega la reliquidación de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, de la resolución No. GNR 55414 del 22 de Febrero de 2016 por medio de la cual COLPENSIONES resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015, y de la Resolución No. VPB 18812 del 22 de Abril de 2016 por

medio de la cual COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015, confirmatorias de la resolución atacada.

A título de restablecimiento del derecho, se le ordenará a COLPENSIONES, que reliquide la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, como son: **Salario básico, prima técnica, prima de navidad, bonificación por servicios, prima de servicios y prima de vacaciones** - según certificación anexa (ver folios 34 y 35 del expediente), en los términos de la Ley 33 de 1985. 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.

Se condenará a COLPENSIONES. a pagar a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por pensión de jubilación, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

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

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 articulo 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 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

---

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

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".

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 jubilación 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. 25000232500020060750 9 01 (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 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. (...)

"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.".

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 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 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.*
>
> *(...)*

[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).

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 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 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 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

[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

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

Del examen del acervo probatorio allegado al expediente, se tienen como pruebas legalmente aportadas al proceso las siguientes:

-Fotocopia del Registro Civil de Nacimiento de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA. (fl. 13)

-Resolución No. GNR 14638 del 22 de Enero de 2015, por medio de la cual COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de vejez a la NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA. (fls. 20-23)

Constancia de notificación personal de la decisión anterior a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA de fecha 13 de Febrero de 2015. (fl. 15)

-Resolución No. 0152 de fecha 17 de Marzo de 2015, por medio de la cual, la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, aceptó la renuncia de la demandante a partir del 30 de Mayo de 2015. (fls. 16-17)

Constancia de notificación personal de la decisión anterior a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA de fecha 30 de Marzo de 2015. (fl. 15)

-Resolución No. GNR 198619 del 13 de Julio de 2015, por medio de la cual COLPENSIONES reconoce, ordena el pago y la inclusión en nómina de la pensión mensual vitalicia de vejez a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA. (fls. 24-27)

Constancia de notificación personal de la decisión anterior a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA de fecha 13 de febrero de 2015. (fl. 23)

-Fotocopia auténtica de los siguientes certificados: formato No. 1 certificado de información laboral donde consta que la señora NELIDA SANTIAGO ARRIETA laboró para la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR desde el 03 de Julio de 1979 hasta el 30 de

Mayo de 2015, formato No. 2 certificación de salario base, formato No. 3 (B) certificación de salarios mes a mes. Todos los anteriores certificados fueron suscritos por el profesional especializado del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, MIGUEL RICARDO QUEZADA AMOR. (fls. 28-35).

-Petición elevada ante COLPENSIONES mediante la cual se le solicita la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA. (fls. 56-58).

-Resolución No. GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015, por medio de la cual COLPENSIONES niega la reliquidación de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA. (fls. 24-27)

Constancia de notificación personal de la decisión anterior a la apoderada de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA de fecha 15 de Enero de 2016. (fl. 40)

-Recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto contra la Resolución No. GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015, por medio de la cual COLPENSIONES niega la reliquidación de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA. (fls. 36-39)

-Resolución No. GNR 55414 del 22 de Febrero de 2016, por medio de la cual COLPENSIONES resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015, confirmando en todas sus partes la resolución atacada. (fls. 45-49)

-Constancia de notificación personal de la decisión anterior a la apoderada de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA de fecha 18 de Marzo de 2016. (fl. 44)

-Resolución No. VPB 18812 del 22 de Abril de 2016, por medio de la cual COLPENSIONES el resolvió recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015, confirmando en todas sus partes la resolución atacada. (fls. 51-55)

-Constancia de notificación personal de la decisión anterior a la apoderada de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA de fecha 08 de Junio de 2016. (fl. 50)

De acuerdo a las pretensiones de la demanda, los hechos y la fijación del litigio, procede el Despacho a estudiar el caso concreto.

Tal y como se indicó en líneas anteriores, el problema jurídico se centra en determinar si tiene derecho la demandante a que se reliquide su pensión de vejez en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, en los términos de la Ley 33 de 1985?

En su libelo de demanda, la parte accionante, sostuvo que la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, tiene derecho a que se le aplique el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente, el contemplado por la Ley 33 de 1985, por cuanto cumple con los presupuestos establecidos para ello, vale decir, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más 35 de edad y/o más de 15 años de servicios cotizados, y además, porque en su entender, la Ley 33 de 1985, es más beneficiosa para determinar el monto de la Pensión de Vejez, que la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, aplicada en el caso de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA.

A su turno, COLPENSIONES, señaló, que en la Resolución GNR 257745 del 30 de Agosto de 2016, negó la reliquidación de la pensión de vejez solicitada a favor de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, en virtud del principio de favorabilidad, según explicó, porque al realizar la liquidación de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, de acuerdo

con la Ley 33 de 1985, se observó que el valor arrojado con ésta es inferior al obtenido en la liquidación efectuada con base en la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, y por eso se tomó esta última.

Por lo tanto, y como quiera que en este asunto, se presenta una discusión, en donde, por un lado, la parte accionante considera que la Ley 33 de 1985 es más favorable a los intereses de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, y por el otro, la demanda COLPENSIONES piensa que la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, es más favorable a los intereses de aquella, procede entonces, este Despacho, a fin de determinar cuál de estos dos regímenes pensionales es más favorable para la actora, a realizar un análisis comparativo de los mismos.

Sin embargo, como no existe discusión en que la Ley 33 de 1985 es más favorable que la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad y al número de semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión de vejez, y como lo que está discusión en este asunto, es cuál de estos dos regímenes es más favorable para calcular el monto de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, entonces, el análisis comparativo que se realizará, se centrará sobre tal aspecto, sin que esto implique una transgresión a la regla que enseña que es obligación aplicar una de estas normas de manera integral, pues, en el presente caso, sin duda alguna, la norma que resulte más favorable a los intereses de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, será aplicada de manera integral.

Previo a ello, es deber de este Despacho verificar si en efecto la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA tiene derecho a que se le aplique el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció:

> *"ARTICULO. 36.- Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> ***La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.*** (Negrillas y Subrayado de la Sala)

De la anterior normativa se extrae que sólo serán beneficiarios del régimen de transición aquellas personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, esto es, el primero (01) de Abril de 1994, tuvieran treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres o que indistintamente tuvieran quince (15) o más años de servicio cotizados.

Conforme a los antecedentes administrativos allegados al proceso, se tiene que, a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, contaba con más de 35 años de edad, al haber nacido el 17 de Mayo de 1957.

Luego entonces, es evidente que la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en tal virtud, tiene derecho a que en materia pensional se le aplique las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985.

Aclarado lo anterior, se prosigue con el análisis de cuál de los dos regímenes – el establecido en la Ley 33 de 1985, o el consagrado en la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, es más favorable para calcular el monto de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA.

Como punto de partida, se tiene que, COLPENSIONES, en la Resolución No. GNR 14638 del 22 de Enero de 2015, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de vejez a la NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA al liquidar dicha prestación con base en la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, obtuvo como resultado un monto igual a **$1.407.542**; y en la Resolución No. GNR 198619 del 03 de Julio de 2015 por medio de la cual ordena el pago y la inclusión en nómina de la pensión mensual vitalicia de vejez a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, a partir del 1° de Junio de 2015, al liquidar dicha prestación con base en esa misma norma, obtuvo como resultado un monto igual a **$ 1.589.365**.

En cambio, para obtener el Ingreso Base de Liquidación del monto de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, conforme a la Ley 33 de 1985, es necesario tomar todos los conceptos salariales devengados en el último año de servicio y promediarlos por dicho tiempo.

Así pues, dentro de los antecedentes administrativos aportado al proceso, se observa que, la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR mediante Resolución No. 0152 de fecha 17 de Marzo de 2015 aceptó la renuncia al cargo que venía desempeñando la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA a partir del 30 de Mayo de 2015, lo cual permite concluir que el último año de servicio de la actora fue el comprendido entre el 30 de Mayo de 2014 hasta el 30 de Mayo de 2015, durante el cual, según consta en la certificación expedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR visible a folios 30-35, devengó como factores salariales, asignación básica mensual, prima técnica, prima de navidad, bonificación por servicio, prima de servicio, prima de vacaciones.

Pues bien, este Despacho, luego de realizar el análisis sobre cuál de los dos regímenes – el establecido en la Ley 33 de 1985, o el consagrado en la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, es más favorable para calcular el monto de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, encuentra claro, que el hecho de reconocer y liquidar la pensión de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, con base en la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, lesiona el principio de favorabilidad que la ampara, toda vez que, el reconocimiento y liquidación de dicha pensión con base en estas normas, le causa un desmedro económico en el monto de la misma, producto de la diferencia económica que produjo la aplicación de la Ley 797 de 2003 – modificatoria de la Ley 100 de 1993, con relación al monto que arrojaría la liquidación de su pensión de vejez de acuerdo a la Ley 33 de 1985.

Por lo que, hasta lo aquí analizado los actos administrativos demandados transgreden las normas en que deberían fundarse; toda vez que COLPENSIONES debió efectuar la liquidación de la Pensión de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicio, en los términos de la Ley 33 de 1985.

Por tal motivo, este Despacho declarará la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 14638 del 22 de Enero de 2015, por medio de la cual COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de vejez a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA; y declarara la nulidad total de la resolución No. GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015 por medio de la cual COLPENSIONES niega la reliquidación de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA; de la resolución No. GNR 55414 del 22 de Febrero de 2016 por medio de la cual COLPENSIONES resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR

335240 del 27 de Octubre de 2015; y de la Resolución No. VPB 18812 del 22 de Abril de 2016 por medio de la cual COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015, confirmatorias de la resolución atacada.

A título de restablecimiento del derecho, se le ordenará a COLPENSIONES, que reliquide la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, como son: **Salario básico, prima técnica, prima de navidad, bonificación por servicios, prima de servicios y prima de vacaciones** - según certificación anexa (ver folios 34 y 35 del expediente), en los términos de la Ley 33 de 1985. 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.

Se condenará a COLPENSIONES, a pagar a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por pensión de jubilación, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

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 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.

DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 14638 del 22 de Enero de 2015, por medio de la cual COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de vejez a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, de conformidad con las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad total de la resolución No. GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015 por medio de la cual COLPENSIONES niega la reliquidación de la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA; de la resolución No. GNR 55414 del 22 de Febrero de 2016 por medio de la cual COLPENSIONES resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015; y de la Resolución No. VPB 18812 del 22 de Abril de 2016 por medio de la cual COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 335240 del 27 de Octubre de 2015, confirmatorias de la resolución atacada, de conformidad con las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a COLPENSIONES, que reliquide la pensión de vejez de la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, como son: **Salario básico, prima técnica, prima de navidad, bonificación por servicios, prima de servicios y prima de vacaciones** - según certificación anexa (ver folios 34 y 35 del expediente), en los términos de la Ley 33 de 1985. 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 correspondia 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.

CUARTO: CONDENASE a COLPENSIONES, a pagar a la señora NELIDA ROSA SANTIAGO ARRIETA las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por pensión de jubilación, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO- Sin costas.

SEPTIMO- 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