



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, doce (12) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-31-003-2015-00100-00
Demandante: Carlos Eduardo Tirado del Castillo
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión
Pensional y Contribuciones Parafiscales de La
Protección Social

Tema: Régimen de Transición de la Ley 33 de 1985 - Factores salariales establecidos legalmente y que conforman la base de liquidación pensional

SENTENCIA N° 50

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. Partes.

- Demandante: CARLOS EDUARDO TIRADO DEL CASTILLO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 978.532, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P.

¹ Folio 7 .del Expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad absoluta de las Resoluciones N° RDP 031442 del 16 de octubre de 2014 y RDP 001207 del 15 de enero 2015, por medio de las cuales la entidad demandada negó reconocer al señor CARLOS EDUARDO TIRADO DEL CASTILLO, reliquidar su pensión de vejez, en los término de la ley 33 de 1985.

SEGUNDO: Que, como consecuencia de la declaración anterior se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P, el restablecimiento del derecho, reconociendo y ordenando el pago de la reliquidación de la pensión de jubilación, con los nuevos factores salariales, como también el reconocimiento y pago de las diferencias dejadas de pagar.

TERCERO: Que, se pague los intereses moratorios y la indexación a que haya lugar.

CUARTO: Que se condene a la entidad demandada en costas de conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011

QUINTO: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia que se produzca en este proceso con base en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

1.1.3. HECHOS.

Afirma el accionante que, por medio de la resolución N° RDP 031442 del 16 de octubre de 2014, la entidad demandada la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP, negó la reliquidación de la pensión de jubilación, para que se le incluyera todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Señala que, a la anterior decisión la parte actora, interpuso recurso de apelación, la cual fue resuelta a través de la resolución N° RDP 001207 DE 15 de enero de 2015, confirmando esta en cada una sus partes.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Constitucionales: artículo 48,53.

Legales: Artículo 36 de la ley 100 de 1993, leyes 33 y 62 de 1985, articulo 45 del decreto 1045 de 1978

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La negativa de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, viola el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y las normas concordantes, establecidas en el acto legislativo 01 de 2005.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 9 de junio de 2015, fue presentada en la oficina judicial la demanda.²
- La demanda fue admitida a través de auto de fecha 21 de julio de 2015³.
- La demanda fue notificada a las partes a través de correo electrónico el día 20 de enero de 2016.⁴
- La entidad demandada la Unidad Especial Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, con fecha de 5 de abril de 2016, contestó la demanda dentro del término legal.⁵
- El día 16 de mayo de 2016, a través de Secretaría del Despacho, se corrió traslado de las excepciones presentadas por las entidades demandadas a la parte demandante.⁶
- A través de auto de fecha 9 de septiembre de 2016, se fijó fecha a audiencia inicial⁷ para el día 24 de enero de 2017.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁸.

LA UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P

Se opone a cada una de las pretensiones de la demanda, por cuantos la ley 62 de 1985, establece que los factores salariales devengados por el accionante se determinará con el IBL, que corresponde a la asignación básica, horas extras y bonificaciones por servicio, percibida durante el último año de servicio, pues de los demás emolumentos que persigue el demandante en el último año de servicio no se encuentran contemplados en la mencionada ley.

En cuanto a los hechos, manifiesta que todos son ciertos, por cuanto admite que, mediante resolución N° 031442 del 6 de octubre de 2014, se negó la reliquidación de la pensión, y

² Folio 28 del expediente.

³ Folio 38 del expediente.

⁴ Folios 52-54 del expediente.

⁵ Folios 91-96 del expediente

⁶ Folio 97 del expediente

⁷ Folio 126 del expediente.

⁸ Folios 91-96 del expediente.

contra ella se presentó recurso de apelación, confirmándola en todas sus parte la negación de reliquidación a través de acto administrativo N°001207 del 15 de enero de 2015.

Propone como excepciones:

- **LEGALIDAD DE AL ACTO ADMINISTRATIVO**

Señala que, no le asiste al demandante el derecho reclamado, toda vez que se reconoció la pensión de jubilación en estricta sujeción a las disposiciones legales, es decir de acuerdo a la enlistada en la ley 62 de 1985

- **PRESCRIPCIÓN:**

Manifiesta que de resultar probado los argumentos de la parte demandante, deberá declararse la prescripción trienal, precisando que el término prescriptivo se contabilizará a partir del momento en que se hizo exigible la obligación hasta su respetiva interrupción de acuerdo a los parámetros consignados en el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 y 102 del decreto 1848 de 1969

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE⁹:

La parte demandante, se ratifica en todos los hechos y pretensiones presentadas en la demanda.

Alega que, a su poderdante al momento en que la entidad demanda le reconoció su pensión de vejez, no le incluyó todos los factores salariales que esta devengaba en el último año de servicio, toda vez que ella, estaba cobijada con el régimen de transición, por lo que le era aplicable las normas de que tratan la ley 33 de 1985 modificada por la ley 62 del mismo año.

De acuerdo a las tesis expuestas por los Juzgados Administrativos de esta ciudad, y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Sucre, quienes acogen la tesis sostenida por el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del mes de agosto de 2010, donde se establece que se le debe liquidar la pensión de vejez, al actor con todos los factores salariales que devengada en el último año de servicio siempre que resulte aplicable la ley 33 de 1985.

⁹ Folio 117 del expediente

Por lo anterior, solicita se acojan las pretensiones de la demandante y se condene a la entidad demandada al reconocimiento de la reliquidación de pensión con la inclusión de todos los factores salariales que devengó el actor durante su último año de servicio.

1.4.2. PARTE DEMANDADA - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P ¹⁰:

Por su parte el apoderado de la entidad demandada, argumenta que la liquidación de la pensión de jubilación en las resolución N° 02915 del 18 de febrero de 2003, reliquidada con la resolución N° 58582 del 24 de diciembre de 2007, está ajustada a derecho, pues en ella se tuvo en cuenta los factores salariales que el actor devengó entre el 13 de septiembre de 1995 al 12 de septiembre de 2005, que fueron certificado y que se encuentra enlistados en las normas que desarrollan esta materia; así mismo el IBL se calculó de conformidad con el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en aplicación de las normas vigentes y correspondiente al caso del actor.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad de la absoluta de las Resoluciones N° RDP 031442 del 16 de octubre de 2014 y RDP 001207 del 15 de enero 2015, por medio del cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P, negó reconocer al señor CARLOS EDUARDO TIRADO DEL CASTILLO, reliquidar su pensión de vejez, en los término de la ley 33 de 1985.

¹⁰ Folio 117 del expediente

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si a la demandante le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación que le fue reconocida mediante resolución N° 02915 de 18 de febrero de 2003, teniendo en cuenta todos los factores salariales, devengados durante el último año de servicio.

Para dar respuesta al anterior interrogante, se abordara los siguientes temas: i) La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la misma norma, ii) Factores salariales establecidos legalmente y que conforman la base de liquidación pensional de los empleados del sector público beneficiarios del régimen de transición y iii) El caso concreto.

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

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

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

“ARTICULO. 36. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

...

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

En ese orden, el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no consagra un sistema pensional como tal, sino que permitió y permite el efecto en el tiempo de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad¹¹ en aras de hacer efectivo el respeto a las expectativas legítimas.

Para el caso de los empleados del sector público¹², la norma aplicable es la ley 33 de 1985, que exige para acceder la pensión de vejez 55 años, 20 años de servicios y un monto de la mesada equivalente al 75% del ingreso base de liquidación, sin consideración al ente gestor o entidad pública encargada del reconocimiento pensional, eso sí, respetando igualmente la transición que establece la ley 33 de 1985 y que permite en casos muy específicos la aplicación de la ley 6ª de 1945.

El H. Consejo de Estado refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos, ha señalado:

“Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes para el 1º de abril de 1994 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación. Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la norma legal y por tanto debió aplicársele el régimen anterior. Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 13 de octubre de 1993. La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993”¹³

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

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

¹¹ Para el sector público el Sistema General de Pensiones entro en vigencia el 30 de junio de 1995

¹² Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda, expediente 76001-23-31-000-2002-01420-01(5852-05). 7 de Junio de 2007. CP. Alejandro Ordoñez Maldonado. Demandado: Cajanal.

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

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

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

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

(...). (Negrillas de la Sala).

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

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

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

El Honorable Consejo de Estado¹⁴, refiriéndose al ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, ha manifestado que este hace parte del monto de la pensión de vejez, de tal suerte que, el ente gestor al aplicar la tasa de remplazo, no debe aplicar la preceptiva de la ley 100 de 1993, sino la que disponga la norma que por vía transicional corresponda. Lo anterior, por cuanto liquidar la pensión tomando el monto de una norma y la base de liquidación de otra, sería vulnerar el principio de inescindibilidad normativa.

¹⁴ Ver entre otras las siguientes sentencias de la Sección Segunda: Sentencia del 16 de febrero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04). Sentencia del 23 de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04). Sentencia del 26 de enero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2002-05558-01(2985-05)

La tesis anterior que, se extrae de los pronunciamientos efectuados por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ha encontrado eco en la jurisprudencia que por vía de tutela ha construido la Corte Constitucional, quien acerca del IBL, del régimen de transición en sentencia T- 631 del 8 de agosto de 2002¹⁵ expuso:

“El monto de la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje. No se puede entender el uno sin el otro. Esa base, en la teoría de la seguridad social, se denomina indistintamente como base reguladora, haber regulador, salario jubilatorio o haber jubilatorio. La ley puede fijar el promedio para la base regulatoria de maneras diferentes. Lo fundamental es que cuando el promedio corresponda a un promedio reducido se suele tomar lo ingresado, y, si la base regulatoria es amplia, se actualiza según cómo evolucionen los precios o los salarios.

La ley 100 de 1993 estableció la base regulatoria para el régimen ordinario de las pensiones, bajo la denominación de Ingreso Base de Liquidación. Señaló que se liquidará teniendo en cuenta “el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante diez años anteriores al reconocimiento de la pensión...” (Artículo 21). Pero, tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes”

De tal suerte que, siendo IBL parte integrante del monto de la pensión, la mesada debe ser liquidada tanto en su monto como en su base salarial con fundamento en la norma que por beneficio de transición corresponda.

Por lo dicho, es claro, dado que la normativa aplicable es la Ley 33 de 1985, es a esta a la que hay que acudir para efectos de determinar el salario base de liquidación, habida cuenta que es la norma jurídica vigente a la fecha de consolidación del derecho a la pensión del actor; por lo tanto, la aplicable en el sub judice.

2.5. FACTORES SALARIALES A TENER EN CUENTA PARA LIQUIDAR LA MESADA PENSIONAL.

Con relación a los factores para liquidar la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, el H. Consejo de Estado ha sostenido en Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010 expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), unificando criterio de la inclusión de todos los factores devengado en el último año de servicio en la base de liquidación de la pensión de jubilación, los siguientes argumentos:

“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

¹⁵ Criterio que reiteró en la sentencia T-180 de 2008, donde se expone que la fórmula de cálculo del ingreso base de liquidación prevista en el inciso tercero del Art. 36 de la ley 100 de 1993, tiene un carácter supletorio, la cual solo puede ser aplicada cuando el régimen especial no contempla una técnica específica para liquidar la mesada pensional.

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

.....

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

.....

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

.....

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

aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando” (subrayado fuera del texto)

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

“La inclusión de los factores para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que la preceptiva contenida en el artículo 1 de en la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan”¹⁶

Así las cosas, la pensión de vejez y/o jubilación regulada por transición, se liquida en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador como contraprestación directa de su labor, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, pero si existieran factores sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá incluirlo efectuando el descuento o compensación a que haya lugar.

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, se pasa a estudiar:

2. CASO CONCRETO:

Para el caso concreto se observa que el actor adquirió el status de pensionado a partir del 23 de agosto de 1993, lo cual se vislumbra de la lectura misma del acto administrativo que le reconoció y ordenó inicialmente el pago de su pensión, esto es la resolución N° 02915 de 2003.(folios 14 a 15 del cartulario).

Que para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el demandante contaba con más de 20 años de servicio y con más de 40 años, razón por la cual, la pensión del accionante se encuentra regulada por las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicable en virtud del régimen de transición establecido de la Ley 100 de 1993.

Así mismo se encuentra probado que, posteriormente al reconocimiento de la pensión, a través de la resolución antes dicha, el demandante continuó laborando hasta que cumplió la edad de retiro forzoso, es decir; hasta el 2 de septiembre de 2005¹⁷, es por ello que solicitó

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección II, sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente número: 15001-23-31-000-2008-00188-01(1505-11)

¹⁷ Folio 18

que se le realizaran una nueva liquidación de su pensión, para que le incluyeran nuevos factores salariales.

Pues bien, se tiene por demostrado que en el último año de servicios, estos es el año 2005, el señor CARLOS EDUARDO TIRADO DEL CASTILLO, cuando laboraba en DASSALUD, en el cargo de Conductor, le fueron cancelados, según certificación expedida por la pagadora de dicha entidad, además de la ASIGNACIÓN BÁSICA, LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADO, LA PRIMA DE SERVICIOS, LA PRIMA DE VACACIONES, LA PRIMA DE NAVIDAD, EL SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN, EL SUBSIDIO DE TRANSPORTE, HORAS EXTRAS Y DOMINICAL.

Decantado lo preliminar se llega a la certeza que la entidad demandada a través de las resoluciones N° RDP 031442 del 16 de octubre de 2014 y RDP 001207 del 15 de enero 2015 transgredió las directrices establecidas en la norma, pues no tuvo en cuenta, algunos factores salariales devengado por el demandante en el último año de servicio.

Luego entonces de conformidad con la normatividad analizada y la jurisprudencia traída a colación, es claro que la Caja Nacional De Previsión Social E.I.C.E, hoy U.G.P.P, debió al momento de realizar la reliquidación de la pensión de jubilación o vejez reconocida al señor CARLOS EDUARDO TIRADO DEL CASTILLO, efectuarla con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o si sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social.

Sin embargo se aclara que, se excluirán aquellos que no constituyan salarios, pues existen pagos que a pesar de ser reconocidos en forma habitual, no son de naturaleza salarial, por no corresponder a la retribución directa del servicio, lo que significa que, no todo aquello que percibe el trabajador en forma habitual constituye salario.

De acuerdo a ello, no se debe tener en cuenta en *sub lite*, para liquidar la pensión, LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS¹⁸, toda vez que al momento de retirarse del servicio el demandante, los empleados territoriales como lo fue el señor CARLOS EDUARDO TIRADO DEL CASTILLO, no tenían derecho a dicha prestación.

Igualmente, no se reconocerá la PRIMA DE SERVICIO, que en su momento fueron canceladas a los empleados de orden departamental, ya que esta fue creada por la Asamblea Departamental de Sucre, bajo la ordenanza N° 08 de 1985 y la ordenanza N° 08 de 1999,

¹⁸ Esto en virtud del Decreto 1919 de 2002, pero con la sentencia C-402 de 2013, que declaró la exequibilidad del Decreto 1042 de 1978, esta remuneración solo era para los empleados del orden nacional y no del orden territorial, los cuales tienen derecho a partir del Decreto 2418 de 2015, fecha para la cual la actora ya estaba retirada del servicio.

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

Así las cosas, analizando lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es visible que los actos administrativos demandados transgrede las normas pretendidas por el señor CARLOS EDUARDO TIRADO DEL CASTILLO.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad absoluta de los actos administrativos N° RDP 031442 del 16 de octubre de 2014 y RDP 001207 del 15 de enero 2015, y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación del demandante, el señor CARLOS EDUARDO TIRADO CASTILLO, teniendo en cuenta los factores de **ASIGNACIÓN BÁSICA, LA PRIMA DE VACACIONES, LA PRIMA DE NAVIDAD, EL SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN, EL SUBSIDIO DE TRANSPORTE, HORAS EXTRAS Y DOMINICAL,** devengados en el último año de servicios, es decir hasta el 2005-2006.

El monto de la pensión, se establece en un porcentaje del 75% del promedio total de dichos factores, sin consideración si sobre ellos se hicieron aportes o no, o si la entidad territorial efectúo descuento para el efecto. No obstante, en caso de no haberse aportado o realizado descuento, la entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar¹⁹.

Por tanto, el restablecimiento del derecho se concretará así: a) la parte demandada deberá realizar la reliquidación de acuerdo con lo dicho, y la correspondiente mesada deberá reajustarla de acuerdo con la ley; b) luego de lo anterior, deberá descontar de la suma que resultare de la liquidación, las sumas de las mesadas pensionales pagadas; c) la diferencia insoluta deberá indexarla en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor y la siguiente fórmula utilizada para estos eventos por el H. Consejo de Estado que deberá aplicarse mes por mes para cada mesada:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

4.1. De las excepciones:

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

En el sub júdece no se configura la prescripción, toda vez que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, surgió a partir del reconocimiento de dicha prestación mediante la Resolución N° 002915 de 2003, y la demanda fue presentada el **9 de junio de 2015**. En consecuencia, a la demandante se le ha extinguido el derecho a reclamar la reliquidación de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **9 de junio de 2012**.

Al respecto de la excepción de **LEGALIDAD DE LOS ACTOS DEMANDADOS**, fueron desarrolladas al tiempo que se verificó el derecho aquí reclamado, de manera que al encontrarse no probada se resolverá su prosperidad en la parte resolutive de este asunto.

5. CONCLUSIÓN

El problema jurídico indicado inicialmente será positivo por cuanto el señor **CARLOS EDUARDO TIRADO DEL CASTILLO**, tiene derecho a que le sea reliquidada su pensión de jubilación, con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

6. CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

5. DECISIÓN.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE no prospera la excepción de **LEGALIDAD DE LOS ACTOS DEMANDADOS Y PRESCRIPCIÓN**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE LA NULIDAD ABSOLUTA de los actos administrativos N° RDP 031442 del 16 de octubre de 2014 y RDP 001207 del 15 de enero 2015, proferida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G..P.P, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados al señor CARLOS EDUARDO TIRADO DEL CASTILLO, durante el último año en servicios.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, se **ORDENA** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor CARLOS EDUARDO TIRADO DEL CASTILLO, con base a lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo **ASIGNACIÓN BÁSICA, LA PRIMA DE VACACIONES, LA PRIMA DE NAVIDAD, EL SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN, EL SUBSIDIO DE TRANSPORTE, HORAS EXTRAS Y DOMINICAL.**

CUARTO: CONDÉNASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación del actor, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje de 5%.

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ