



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-2015-00249-00.
Demandante: Marcelio de Jesús Contreras Bustamante.
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° 136

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: **MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTE**, identificado, con la cédula de ciudadanía No. 3.993.270, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado. **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**

¹ Folio 1 expediente N° 1.

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución N° PAP 000728 de 27 de agosto de 2009, por medio de la cual desconocieron y negaron los factores salariales correspondiente a la pensión de jubilación.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación o reajuste de la pensión de vejez, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el período comprendido entre el 1 de abril de 1994 hasta 30 de junio de 1994

TERCERO: Que se ordene el pago del retroactivo pensional que se cause como consecuencia de la reliquidación pensional.

CUARTO: Que se ordene el pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

QUINTO: Que se condene a la entidad accionada al pago de costas y agencias en derecho.

SEXTO: Que dichas condenas sean reajustadas con base en el IPC conforme lo establece el CGP.

SÉPTIMO: Que se ordene, dar cumplimiento a la Sentencia proferida en este proceso, dentro de los términos previstos en el inciso 2° y 3° del artículo 192 del CPACA

1.1.3. HECHOS.

- Afirma el accionante que, prestó sus servicios al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que su último lugar donde laboró fue en el Distrito de Carretera N° 22 de la ciudad de Sincelejo
- Manifiesta que, por medio de la resolución N° 015736 de 4 de septiembre de 1997, la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez.
- Señala que, con la resolución que le reconoció la pensión de vejez, no le tuvieron en cuenta todos los factores salariales que forma parte del ingreso base de liquidación.
- Indica que solamente le tuvieron en cuenta el último año de servicio, la asignación básica y las horas extras, dejando de reconocer auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de vacaciones, prima de servicio, prima de navidad.
- Por último expresa que, el día 2 de marzo de 2009, presentó solicitud de reliquidación pensional, petición que fue resuelta negándole la misma mediante la resolución N° PAP 000728 de agosto 27 de 2009.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Legales: Ley 33 de 1985 y los artículos 36 y 141 de la ley 100 de 1993 y demás normas concordante.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Argumenta que, el Consejo de Estado, ha manifestado en varias oportunidades que, el derecho a pedir una pensión de jubilación no prescribe, porque tratándose de un derecho vitalicio subsiste la acción correspondiente durante toda la vida del titular, lo que prescribe son las mesadas pensionales dentro del término establecido por ley.

Indica que, si el derecho pensional no se extingue no se puede aplicarse el fenómeno prescriptivo a los factores que constituyen parte integrante del derecho y es aplicable el aforismo conocido que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Expresa que, el párrafo tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1999, señala como debe liquidarse la mesada pensional inicial, haciendo una diferenciación entre las personas que les hiciera falta más de 10 años y las que les faltare menos de 10 años, indicando que a la primera se liquidará sobre los ingresos que hayan servido de base para liquidar los aportes y la segunda se liquidará sobre el salario promedio devengado por el actor en el tiempo que les hiciera falta al momento de empezar a regir la ley 100 de 1993.

Por último, refuerza sus argumentos con lo expresado por el Consejo de Estado, mediante sentencia de fecha 10 de febrero de 2011, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sala de lo Contencioso Administrativo, en que se indica que se debe tomar como ingreso base de liquidación el último salario devengado por el accionante.

1.2. ACTUACION PROCESAL.

- El día 25 de Noviembre de 2015, se realizó el reparto en la oficina judicial de los Juzgado de la ciudad de Sincelejo correspondiéndole conocer del asunto al Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo².
- Por proveído del 18 de enero de 2016, se decidió declarar la falta de competencia y se ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Sucre³.

² Folio 33

³ Folio 35-36

- El día 4 de febrero de 2016, fue repartido el proceso en Tribunal Administrativo de Sucre correspondiéndole para su conocimiento al doctor Rufo Arturo Carvajal.⁴
- Por auto de 1 de marzo de 2016, el Tribunal Administrativo de Sucre, decidió ordenar devolver el expediente a este Juzgado.⁵
- Por auto de fecha 4 de mayo de 2016, se admitió la demanda, y se ordenó la notificación personal a la entidad demandada y a la Procuradora Judicial N° 103 delegada ante este Juzgado⁶.
- La admisión de la demanda fue notificada personalmente a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, mediante electrónico el día 7 de julio de 2016⁷.
- La entidad demandada, el día 30 de septiembre de 2016, contestó la demanda en término.⁸
- Mediante auto de fecha 24 de mayo 2017, se convocó a las partes para llevar a cabo la audiencia inicial. Providencia que fue notificada por estado el día 25 del mismo mes y año⁹.
- El día 19 de julio de 2017, se llevó a cabo la audiencia inicial, se prescindió el período probatorio y se ordenó correr a las partes para que presente alegatos de conclusión¹⁰.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP”

Se opone a cada una de las pretensiones de la demanda, con lo cual el demandante pretende obtener el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en los últimos tres meses de servicio, cancelando retroactivo originado por cuenta del nuevo cálculo que se ordene realizar.

La oponibilidad a la prosperidad de lo solicitado, es en atención que, al verificar el régimen jurídico aplicable, se encuentra que los factores salariales, son aquellos que comprende la ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994, por ser esta las normas que regula el derecho del actor en lo que atienden a la forma de liquidar el ingreso base de liquidación.

Igualmente manifiesta que, se adolece de un serio vicio de forma, como lo es el indebido agotamiento de la vía de recurso, en atención a que el demandante no presentó la petición ante la administración en los términos que se solicita, ya que si bien es cierto, radicó en el 2009 derecho de petición, solicitud de reliquidación, está la fundamentación en la ley 100 de 1993 en los artículos 33 y 34, tendiente a obtener el aumento de 75% a un 85%, mientras

⁴ folio 43

⁵ Folio 45-48

⁶ Folio 53

⁷ Folios 61-63.

⁸ Folio 101-106

⁹ Folio 109

¹⁰ Folios 114-117

que ahora con la presentación de esta demanda solicita la reliquidación pero con fundamento en el artículo 36 de la ley 100 de 93 y ley 33 y 62 de 1985.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

Reafirma los argumentos expuestos en la demanda, establece que se debió liquidar la pensión con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, dando cumplimiento a la normas aplicable al caso, es decir la ley 33 de 1985 y en consideración la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia de unificación.

Afirma que, se encuentra demostrado que la resolución que reconoció la pensión de jubilación no se le tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados por él en su último año, por tanto reitera en sus alegatos que se le reconozcan.

1.4.2. LA PARTE DEMANDADA:

Reitera su posición en negar la reliquidación del accionante. Manifiesta que, el beneficio de la transición no es ilimitado y no hace referencia a todas la prerrogativa del régimen anterior, puesto que el objetivo de la referida transición, no es otro que salvaguardar algunos elementos pensionales del régimen de transición, esto es la edad, tiempo y monto.

Alega que, todas las actuaciones realizadas por la entidad accionada se encuentran ajustada conforme a derecho; esto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Por último, establece que en la parte final del inciso segundo del artículo 36, se puede concluir que , los factores salariales que conforma el ingreso base de liquidación debe ser tratado con arreglo a los cánones de actual sistema de pensiones , el cual en materia de factores salariales se encuentra contemplado por el decreto 1158 de 1994.

1.4.3. MINISTERIO PÚBLICO:

No pronuncio alegato alguno.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el art. 155 num. 3₅ 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 en el presente medio de control, la nulidad de la Resolución N° PAP 000728 de 27 de agosto de 2009, por medio de la cual desconocieron y negaron los factores salariales correspondiente a la pensión de jubilación del señor MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTE.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si ¿al demandante le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación que le fue reconocida mediante Resolución N° 0015736 de 4 de septiembre de 1997, teniendo en cuenta todos los factores salariales, devengados durante el último año de servicios?.

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

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.

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).

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).

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.

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.

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 fundamentos 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.

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)

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.

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

.....

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

En el presente caso, se observa que el señor MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTE, se encontraba vinculado con la Subdirección Transitoria del Instituto Nacional de Vías, ocupando el cargo de CHOFER IV.

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

Igualmente se observa que, mediante resolución N° 15736 de 4 de septiembre de 1997, la Caja Nacional de Previsión, hoy UGPP, le reconoció al demandante una pensión vitalicia de vejez, bajo las normas aplicable del régimen de transición, liquidándole la misma únicamente teniendo en cuenta la asignación básica y horas extras.

Que posteriormente al reconocimiento de la pensión, el accionante inconforme con liquidación realizada en la mencionada resolución, decide solicitar sea reliquidada su pensión para que se le reconozca todos los factores devengados en el último año de servicios

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, se tiene por demostrado que en el último año de servicios; esto es, 1994, el señor MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTES, cuando laboraba en Subdirección Transitoria del Instituto Nacional de Vías, ocupando el cargo de CHOFER IV, le fueron cancelados, según certificación expedida por Director Territorial, además de la ASIGNACIÓN BÁSICA, EL AUXILIO DE TRASPORTE, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE SERVICIO, HORAS EXTRA, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES.

Decantado lo preliminar, se llega a la certeza que la entidad demandada a través de la resolución que N° 15736 de 4 de septiembre de 1997, y LA RESOLUCION 0728 del 27 de agosto de 2009, que negó la reliquidación de la pensión de vejez, transgredió las directrices establecidas en la norma, pues no tuvo en cuenta, todos factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicio.

Luego entonces de conformidad con la normatividad analizada y la jurisprudencia traída a colación anteriormente, 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 MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTES, 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 sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social.

Así las cosas, analizando lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es visible que el acto administrativo demandado transgrede las normas pretendidas por el señor MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTES.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad del acto administrativo la Resolución 0728 del 27 de agosto de 2009, y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta los factores de

ASIGNACIÓN BÁSICA, AUXILIO DE TRASPORTE, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE SERVICIO, HORAS EXTRA, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, devengados en el año 2014, cuando ocupó el último cargo como CHOFER IV, en Subdirección Transitoria del Instituto Nacional de Vías.

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 efectuó descuento para el efecto. No obstante, en caso de no haberse aportado o realizado descuento, la entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar¹⁷.

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 insoluble 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:

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

4.1. DE LA PRESCRIPCIÓN:

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).

Con relación a fenómenos prescriptivo de las mesadas pensionales, El Consejo de Estado mediante sentencia del 2 de febrero de 2017, No. 150012333000201300718 01 (1218-2015), Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, ha establecido el siguiente:

“Análisis de la prescripción de las mesadas pensionales.

En el presente caso, se observa que la demandante radicó ante CAJANAL, dos peticiones para obtener el reconocimiento de la pensión gracia: la primera, el 19 de abril de 2006 acompañada de su respectivo certificado de factores salariales; y la segunda, el 1° de octubre de 2009 acompañada de otro certificado con valores superiores.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

El tribunal de primera instancia coligió que la interrupción de la prescripción operó con la presentación de la primera petición de acuerdo con lo dispuesto en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, argumentando que la demora injustificada del ente previsional en dar respuesta a la misma, no le eximía de reconocer y pagar la prestación a partir del 15 de abril de 2003.

A contrario sensu, el ente previsional que en este caso es la apelante, reconoció la prestación teniendo en cuenta la segunda petición, pues con ésta se aportó el certificado de factores salariales que sirvió para liquidar de forma más beneficiosa la pensión, y aplicó la prescripción de las mesadas causadas desde el 30 de septiembre de 2006 hacia atrás, pues consideró que entre ambas peticiones transcurrieron más de 3 años. Estos argumentos son los mismos que presenta en la alzada.

En virtud de lo anterior, se esbozarán los aspectos legales y jurisprudenciales pertinentes para dilucidar la prescripción que se presenta en este debate.

El Decreto N° 3135 de 1968¹⁸ dispuso en su artículo 41 lo siguiente:

“Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

El Decreto N° 1848 de 1969¹⁹ por su parte expresó al respecto:

“Artículo 102.- Prescripción de acciones.

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

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

De las normas reseñadas, la Sala concluye lo siguiente:

1. Las acciones que emanan de los derechos laborales y prestacionales, prescriben en 3 años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

2. El simple reclamo escrito de la titular, interrumpe la prescripción por una sola vez y por un lapso igual.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corporación ha expuesto al respecto varios pronunciamientos relacionados con la prescripción de las mesadas pensionales, dentro de los cuales se citarán los siguientes, que tratan de un caso similar al que se estudia:

La Subsección B de la Sección Segunda en sentencia de 27 de agosto de 2015²⁰ expuso:

“El Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968 por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen

¹⁸ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”

¹⁹ “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”

²⁰ Magistrada Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado N° 0432-2014.

prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en el artículo 41 sobre la prescripción de los derechos dispone:

{Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual}.

La norma en comento señala que las acciones que surjan de los derechos de los trabajadores o empleados pueden prescribir si no se reclaman oportunamente esto es dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad. Y agrega la norma que el reclamo escrito del empleado o trabajador ante la respectiva autoridad competente interrumpe ese término por una sola vez y por el mismo tiempo.

El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, en el artículo 102 dispone lo siguiente sobre la prescripción:

{Artículo 102. PRESCRIPCION DE ACCIONES: 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

Las dos disposiciones consagran las condiciones que se deben cumplir para que los derechos que tienen origen en ellas prescriban si no se presenta reclamación por escrito ante la entidad o empresa obligada al reconocimiento. Como plazo perentorio se señaló 3 años que se contabilizan a partir de que la obligación es exigible.”

Por su parte la Subsección A en sentencia de 2 de julio 2015²¹ dijo:

“El artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 establece la figura de la prescripción en un lapso de tres (3) años y regula que el simple reclamo del trabajador interrumpe la prescripción por un lapso igual. Es decir, es dable pregonar la prescripción de los derechos por un periodo máximo de seis (6) años.

Este fenómeno prescriptivo opera cuando concurren todas las circunstancias, entre ellas, que sea evidente la exigibilidad frente a la cual se observe inactividad injustificada del interesado o titular del derecho en lograr su cumplimiento, como se presenta en el caso del sub lite al encontrarse que entre la primera solicitud de reconocimiento de la pensión (14 de mayo de 2002) y la segunda petición que se presentó bajo los mismos argumentos (10 de abril de 2008) transcurrieron más de 5 años.

La anterior situación significa que la primera petición del 14 de mayo de 2002 interrumpió la prescripción pero sólo por tres años más que se cumplieron el 14 de mayo de 2005 y en el sub lite se encuentra que la segunda petición de reconocimiento sólo se radicó hasta el 10 de abril de 2008.”

De lo anterior se concluye, que el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se haya hecho exigible, y que la interrupción se presenta en un lapso igual contados desde presentación de la reclamación administrativa.

²¹ Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Radicado Nº 2621-2014.

Es decir, que luego de presentada la petición de un derecho, el interesado cuenta con 3 años para demandar el reconocimiento del derecho, en caso de que la entidad requerida sea renuente a dar respuesta a la misma, so pena de activarse el fenómeno prescriptivo, y de esta manera evitar la pérdida del derecho a las prestaciones periódicas que se llegaren a ver afectadas por el transcurso del tiempo”.

Igualmente, el Tribunal Administrativo del Cauca, en sentencia del 3 de mayo de 2012 en el proceso N° 19001233100220070024801, Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ, acoge estos mismo argumento expresando lo siguiente:

“La prescripción trienal de algunas mesadas pensionales, no reclamada oportunamente, está contemplada en el Decreto 3135 de 1968.

Ahora bien, observa el Tribunal que el a quo no se percató que entre la fecha de presentación de la petición que solicitó la reliquidación (13 de febrero de 2004) y la fecha de presentación de la demanda (3 de agosto de 2007) ya habían transcurrido más de tres años, motivo por el cual no se podía tener en cuenta la fecha de presentación de la petición, para efectos de contar el termino de prescripción, sino el de la fecha de presentación de la demanda”

De acuerdo a lo anterior, para el sub juez, no se debe tener en cuenta la solicitud inicial de reliquidación; esto es, la del día 2 de marzo de 2009, pues a la fecha de la presentación de la demanda, el día 25 de noviembre de 2015, ya había transcurrido mas de 3 años, por tanto las mesadas pensionales causada con anterioridad al 25 de noviembre de 2012, se encuentra prescrita.

CONCLUSIÓN:

El interrogante inicial es positivo, puesto que el señor MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTES, al momento de reconocer su pensión vitalicia de jubilación, se debió reliquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicio, como así no sucedió, se tendrá que decretar la nulidad de la Resolución 0728 del 27 de agosto de 2009.

5. 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 conforme 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%.

6. DECISIÓN.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE no prosperas las excepciones de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, de aquellas mesadas causadas con anterioridad al 25 de noviembre de 2012, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE LA NULIDAD, de la resolución N° LA Resolución 0728 del 27 de agosto de 2009, expedido por la entidad demandada, en cuanto niega incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, se **ORDÉNASE** al **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor **MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTES**, identificado, CC N° 3.993.270, con base a lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo la **ASIGNACIÓN BÁSICA, AUXILIO DE TRASPORTE, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE SERVICIO, HORAS EXTRA, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES**

QUINTO: CONDÉNASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación del señor **MARCELIO DE JESÚS CONTRERAS BUSTAMANTES**, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, a favor de demandante. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

SÉPTIMO: NIÉGUESE las demás súplicas de la demanda, según lo expuesto.

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

NOVENO: 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