



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintisiete (27) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-2016-00247-00.
Demandante: Yaneth del Carmen Calderón Paternina.
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”.

Tema: Reliquidación Pensión – Aplicación de la ley 33 y 62 de 1985 a quienes gozan del régimen de transición de la ley 100 de 1993 – Factores Salariales que conforman la liquidación pensional.

SENTENCIA N° 046

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho 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: YANETH DEL CARMEN CALDERÓN PATERNINA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 64.543.266, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

¹ Folio 19.

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad parcial de la resolución N° GNR 277969 del 6 de agosto de 2014 y N° GNR 44349 del 10 de febrero de 2016, por medio de las cuales se concede una pensión mensual vitalicia de vejez en cuantía \$ 970.010.

Segunda: Que, se declare la nulidad absoluta de las resoluciones N° 115232 del 22 de abril de 2016, N° VPB 25119 del 13 de junio de 2016, por medio de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones, niega la reliquidación de pensión de vejez.

Tercera: Como consecuencia de lo anterior, en calidad de restablecimiento del derecho, se ordene a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones, se reliquide la pensión de la señora YANETH DEL CARMEN CALDERÓN, desde el 1 de enero de 2016 hasta que se dicte sentencia, incrementándoles el valor de la mesada pensional Inicial a la suma de \$1.692.611,5 o el valor que se establezca en el proceso, como consecuencia de la aplicación de la ley 33 de 1985 y los nuevos factores salariales como la prima de alimentación, bonificación por servicio prestado, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, percibidos en el último año de servicio, además de la asignación básica, con los correspondientes aumentos legales, incluidas las mesadas adicionales de cada año.

Cuarta: Que, se condene a pagar el retroactivo pensional, que se genere de dicha liquidación, a partir del 1 de enero de 2016, hasta cuando se efectuó la inclusión en nómina de pensionado con el nuevo valor de la mesada incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, con los incrementos anuales de ley.

Quinta: Que, se indexe el valor de las mesadas, prima y demás emolumentos adeudados hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del retroactivo que resulte de la reliquidación efectuada.

Sexto: Se condene a la entidad accionada al pago de las costas del proceso y agencia en derecho.

Séptimo: Que, se ajuste la condena tomando como base el índice de precio al consumidor.

1.1.3. HECHOS.

Se indica que, la señora YANETH DEL CARMEN CALDERÓN PATERNINA, cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios necesarios para adquirir la Pensión de Jubilación, laborando al servicio del Ministerio del Trabajo.

Refiere que, COLPENSIONES, mediante resolución N° GNR 277969 del 08 de agosto de 2014, le reconoció a la accionante pensión de vejez con fundamento en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, condicionada al retiro definitivo del servicio.

Señala que, a través de la resolución GNR 44349 del 10 de febrero de 2016, COLPENSIONES, ordenó la inclusión en nómina de pensionados a la actora, a partir del 01 de enero de 2016.

Manifiesta que, la accionante presentó contra la mentada resolución recurso de reposición y en subsidio de apelación, solicitando a la entidad demandada reliquidara su pensión aplicando la ley 33 de 1985, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Demarca que, los recursos interpuestos fueron decididos de forma negativa a través de las resoluciones N° 15232 del 22 de abril de 2016 y resolución N° VPB 25119 del 13 de junio de 2016, respectivamente.

Estipula que, la demandante es beneficiario del régimen de transición que trae la ley 100 de 1993, en su artículo 36, ya que al entrar en vigencia este régimen pensional, contaba con 36 años de edad y más de 15 años de servicios.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Legales: Artículo 36 de la ley 100 de 1993; ley 33 de 1985 y artículo 45 del decreto 1045 del 7 de junio de 1978.

Jurisprudencia: Sentencia del Consejo de Estado, sala de lo Contenciosa Administrativo del día 13 de marzo de 2003, M.P Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, Radicado 68001-23-15-000-1998-0420-01 (1746-02).

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, según el Consejo de Estado, el derecho a pedir pensión de jubilación no prescribe, toda vez que, tratándose de un derecho vitalicio subsiste la acción correspondiente durante la vida del titular, lo que prescribe son las mesadas pensionales dentro del término establecido por la ley.

Indica que, si el derecho pensional no se extingue, no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo de los factores que se constituyen parte integrante del derecho y es aplicable el aforismo de, *que lo accesorio sigue la suerte de lo principal*. El salario es el factor esencial para el reconocimiento de la pensión, luego su tasación es imprescriptible como lo es el derecho mismo a la pensión y por tanto cualquier factor salarial que se hubiese omitido al determinar la liquidación de la prestación, puede reclamarse en cualquier tiempo.

Menciona la sentencia del alto tribunal de fecha 23 de marzo de 1979, expediente N° 2049, en donde se expresó que, si el derecho de reclamar la pensión de jubilación es imprescriptible, también en cualquier momento puede reclamarse, como al igual al reajuste del salario básico sobre el cual se reconoció la pensión, sin que sea presupuesto de la demanda la acusación de la resolución en la que se reconoció la pensión, ya que el acto, en realidad no es nulo, sino incompleto, en cuanto no tuvo en cuenta algunos factores salariales.

1.2. ACTUACION PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 11 de noviembre de 2016, tal como se avizora en la nota de reparto militante a folio 55.
- Por auto del 20 de enero de 2017, se admitió la demanda (folio 58).
- La demanda fue notificada a las partes, con fecha 07 de abril de 2017 (folio 63 - 65).
- La entidad Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, presentó contestación de la demanda, el día 05 de junio de 2017 (folio 73 - 85).

- Mediante auto de fecha 03 de noviembre 2017, se fija el día 14 de marzo de 2017 a partir de las 08:30 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial (folio 87).
- En audiencia inicial se prescindió del período probatorio y se ordenó que prestaran dentro de los 10 días siguientes alegatos de conclusión.
- El 12 de abril de 2018, entró el expediente al despacho para dictar sentencia².

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³.

Por su parte, la entidad demandada Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda.

Frente a los hechos de la demanda aceptó como ciertos el tercero, cuarto, quinto, sexto, los cuales hacen referencia al contenido de las resoluciones N° GNR 277969 del 08 de agosto de 2014, que reconoce pensión de vejez a la accionante; la resolución N° GNR 44349 del 10 de febrero de 2016, por medio de la cual se incluye en nómina de pensionados a la actora; la resolución N° 15232 del 22 de abril de 2016 por medio de la cual se resuelve negativamente el recurso de reposición; y la resolución N° VPB 25119 del 13 de junio de 2016, por medio del cual se resuelve negativamente el recurso de apelación. Con relación al hecho primero, segundo y décimo primero, estableció que deben probarse. Sobre los hechos séptimo, octavo, noveno, décimo, determinó que no eran situaciones fácticas.

Como fundamento de su defensa advierte que, la entidad demandada reconoció pensión de vejez a la demandante para el año 2014, en cuantía de \$875.891, con IBL de \$1.100.227, y una tasa de reemplazo del 79,61%, con 1854 semanas cotizadas, de conformidad con la ley 797 de 2003.

Expone que, a través de resolución N° GNR 44349 del 10 de febrero de 2016, se ordenó el ingreso a nómina de la pensión de vejez reconocida a la accionante, en cuantía inicial de \$970.010, a partir del 01 de enero de 2016, con IBL de \$1.218.300, y una tasa de remplazo del 79.62%, con 1908 semanas de cotización, de conformidad con la ley 797 de 2003.

² Folio 111 del expediente

³ Folios 73-78del expediente.

Alega que, para determinar el IBL, se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Asegura que, el IBL no es un aspecto de la transición y por tanto son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

Manifiesta que, la señora YANETH DEL CARMEN CALDERÓN, es beneficiaria del régimen de transición que trae la ley 100 de 1993, en el artículo 36, toda vez que al entrar en vigencia el régimen pensional, contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicios prestado, por tanto la entidad demandada al momento de liquidar la pensión debió hacerse con base a lo estipulado en la ley 33 de 1985, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Así que, la negativa a reconocer la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, choca tajantemente por lo expresado por el Consejo de Estado, en sentencia del 13 de marzo de 2003, por tanto las personas que están sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, tiempo de servicio y el monto de la pensión anteriores a la ley 100 de 1993.

1.4.2. LA PARTE DEMADADA: Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

Por su parte considera que debe despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda, toda vez que en la liquidación realizada se aplicó el principio de favorabilidad, pues si se aplicaba lo establecido en la ley 33 de 1985, se veía disminuida su mesada pensional de la demandante.

Alega que, las liquidaciones de las pensiones que se encuentra en transición, la sentencia SU -230 del 29 de abril de 2015, de la Corte Constitucional, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expresó que, se fijó una interpretación en abstracto del

artículo 36 de la ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación, no es un aspecto de transición y por tanto las reglas aplicables para la liquidación son las establecidas en la ley 100 de 1993.

Por último, indicó que la misma Corte Constitucional, en varias jurisprudencia ha ratificado la interpretación que le ha dado al artículo 36 de la ley 100 de 1993, reafirmando que la base de liquidación, no debe ser estipulada con la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas cotizadas, excluyendo el promedio de liquidación.

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 parcial de la resolución N° GNR 277969 del 6 de agosto de 2014 y N° GNR 44349 del 10 de febrero de 2016, por medio de las cuales se concede una pensión mensual vitalicia de vejez a la señora YANETH DEL CARMEN CALDERÓN PATERNINA y la nulidad absoluta de las resoluciones N° 115232 del 22 de abril de 2016, N° VPB 25119 del 13 de junio de 2016, por medio de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones niega la reliquidación de pensión de vejez a la accionante.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar ¿la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, debe reliquidar la pensión de jubilación de la señora YANETH DEL CARMEN CALDERÓN PATERNINA, incluyendo en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio, de

conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993?

Por lo cual se hace necesario abordar 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 normatividad⁴ en aras de hacer efectivo el respeto a las expectativas legítimas.

Para el caso de los empleados del sector público⁵, 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

⁴ Para el sector público el Sistema General de Pensiones entro en vigencia el 30 de junio de 1995

⁵ Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial.

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”⁶

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

⁶ 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.

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 Estado⁷, 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.

⁷ 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 2002⁸ 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.

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

⁸ 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.

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 enumera 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”*⁹

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, pasa el Despacho a estudiar:

3 . CASO CONCRETO:

En el presente caso, se tiene que a la demandante, le fue reconocida una pensión de jubilación mediante la resolución N° GNR Del 277969 del 6 de agosto de 2014, de

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección II, sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente número: 15001-23-31-000-2008-00188-01(1505-11)

conformidad con lo establecido la ley 33 de 1993, por ser beneficiaria del régimen de transición.

Se observa que, la entidad demandada al liquidarle la pensión a la accionante, tuvo en cuenta los establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, en el sentido que tomó el ingreso base de liquidación-(IBL), de los últimos 10 años anteriores y le aplicó una tasa de remplazo de 79.61, quedando la pensión por un monto de \$875.891

Igualmente se observa que dicha resolución, quedó, condicionada, hasta tanto, la demandante se retirara del servicio de manera definitiva.

En 7 de octubre de 2015, el Ministerio de Trabajo, entidad donde laboraba la accionante, mediante resolución 04050, decide retirarla del servicio a partir del 1 de enero de 2016 y es a partir de esa fecha donde la administradora colombiana de Colpensiones mediante resolución GNR44349 del 10 de febrero de 2016, la ingresa en nómina para pago, con las mismas condiciones que se liquidó la pensión.

No conforme con la liquidación de su pensión, la accionante presenta recurso de reposición y apelación, confirmando la entidad demandada que la liquidación realizada se ajustaba a los parámetros establecido por ley.

Ahora bien, de acuerdo a lo anterior y teniendo en cuenta la jurisprudencia arriba transcrita, se observa que los actos administrativos demandados trasgreden las directrices establecidas, toda vez que al no tener en cuenta que el ingreso base de liquidación establecida en la la ley 33 de 1985, hace parte también de la transición y al no reconocerla se está vulnerado los derechos adquiridos a las personas que son beneficiarias de la ley anterior.

De modo que, al estar sustentando en el expediente que la señora YANETH CALDERÓN PATERNINA, para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con más de 15 años de servicios y con más de 35 años, la pensión se encontraba regulada por las Leyes 33 y 62 de 1985, por lo cual al liquidarle la misma, tenía que tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio y no el IBL de los últimos 10 años.

Así que, de acuerdo al acervo probatorio existente en el proceso, se tiene que tener en cuenta al liquidarle la pensión todos los factores salariales devengados por la señora YANETH CALDERÓN PARTININA, en el último año de servicio cuando laboraba para el Ministerio de Trabajo, que percibía según certificado a folio 54 del expediente los siguientes: LA ASIGNACIÓN BÁSICA, AUXILIO DE TRASPORTE, SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN, BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN, PRIMA LEGAL, PRIMA DE VACACIONES Y PRIMA DE NAVIDAD

Decantado lo preliminar se llega a la certeza que la entidad demandada a través de la resoluciones N° GNR 277969 del 6 de agosto de 2014 y N° GNR 44349 del 10 de febrero de 2016, que reconoció la pensión de vejez y las resoluciones N° 115232 del 22 de abril de 2016, N° VPB 25119 del 13 de junio de 2016, por medio de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones niega la reliquidación de pensión de vejez, vulnera preceptos establecidos en las normas, pues no tuvo en cuenta los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicio.

Ahora bien, para el momento de liquidar la pensión, se debe incluir todos los factores salariales que percibió en su último año de servicio el beneficiario, con la advertencia de que se excluirían 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 especial por recreación, por cuanto esta es una prestación social que no tiene condición de factor salarial, a diferencia de la prima de vacaciones y de navidad que si tienen esta característica, tal como lo dispuso la sentencia del 04 de septiembre de 2014 del Consejo de Estado, la cual señala:

“Como se expuso anteriormente, la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, señaló que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades, progresividad y favorabilidad en materia laboral, debía incluirse en la base de liquidación de la pensión, la totalidad de lo devengado por el empleado por concepto de salario. No es posible incluir la “Bonificación por Recreación” en la base de liquidación, toda vez que el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, estableció que la misma “no constituirá factor de salario para ningún efecto legal”, además, dada su

naturaleza prestacional, pues dicha bonificación está dirigida a contribuir en el adecuado desarrollo de la vida del empleado, como lo es el ámbito de la Recreación, por lo tanto, no tiene carácter salarial”¹⁰.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad parcial las resoluciones resolución N° GNR 277969 del 6 de agosto de 2014 y N° GNR 44349 del 10 de febrero de 2016, que reconoció la pensión de vejez y la nulidad total de las resoluciones N° 115232 del 22 de abril de 2016, N° VPB 25119 del 13 de junio de 2016, que negaron la reliquidación de pensión de vejez; y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta como factores salariales LA ASIGNACIÓN BÁSICA, AUXILIO DE TRASPORTE, SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN, PRIMA LEGAL, PRIMA DE VACACIONES Y PRIMA DE NAVIDAD, como contraprestación directa de sus servicios devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionada, es decir en el año 2015-2016.

En relación con la BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN, no será tenida en cuenta por cuanto esta no es una prestación social que no tiene condición de factor salarial, a diferencia de la prima de vacaciones, de navidad, domingo y festivos, que si tienen estas características.

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 lugar¹¹.

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

¹⁰ Sentencia del 04 de septiembre de 2014 del Consejo de Estado, Radicado N°. 25000-23-25-000-2006-0845501(1420-11), MP. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

fórmula utilizada para estos eventos por el H. Consejo de Estado que deberá aplicarse mes por mes para cada mesada:

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

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 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 surgió cuando se expidió la resolución GNR 277969 de 6 de agosto de 2014 y como quiera que la demanda se presentó el día 11 de noviembre de 2016, no había transcurrido los tres años que establece la ley para que operara tal fenómeno.

Al respecto de las excepciones de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y la **improcedencia para liquidar la pensión**, estas fueron desarrolladas al tiempo que se verificó el derecho aquí reclamado, de manera que al encontrarse no probadas se devengará su prosperidad en la parte resolutive de este asunto.

4.2 CONCLUSIÓN:

La respuesta al problema jurídico es positivo, puesto que Colpensiones al momento de liquidar la pensión de la señora YANEH CALDERÓN PATERNINA, no incluyó los factores salariales de la cuales tenía derecho la actora.

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 monto de 5%.

6. 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 la nulidad parcial de la resolución N° GNR 277969 del 6 de agosto de 2014 y N° GNR 44349 del 10 de febrero de 2016, por medio de las cuales se concede una pensión mensual vitalicia de vejez a la señora YANETH DEL CARMEN CALDERÓN PATERNINA y la nulidad absoluta de las resoluciones N° 115232 del 22 de abril de 2016, N° VPB 25119 del 13 de junio de 2016, por medio de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones niega la reliquidación de pensión de vejez a la accionante

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, como consecuencia de lo anterior, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, procederá a reliquidar la pensión de jubilación a la señora YANETH DEL CARMEN CALDERÓN PATERNINA, identificada con C.C. N° 64.543.266, en cuantía del 75% del promedio de las asignaciones percibidas durante el último año de servicios incluyendo los factores salariales devengados por ésta durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro (2015-2016), como son salariales LA ASIGNACIÓN

BÁSICA, AUXILIO DE TRASPORTE, SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN, PRIMA LEGAL, PRIMA DE VACACIONES Y PRIMA DE NAVIDAD.

TERCERO: La entidad demandada deberá realizar las deducciones correspondientes a que haya lugar de los aportes de las sumas que aquí se ordenan incluir y sobre las cuales no se hayan deducidos los mismos para efectos pensionales, en el porcentaje que corresponda al trabajador, y lo que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora, para lo cual podrá repetir contra ella para obtener su pago, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia

CUARTO: CONDÉNESE a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que sobre las sumas adeudadas le pague a la actora el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula referenciada en la parte motiva de este fallo

QUINTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluir en nómina de pensionados el valor que debe ser reconocido y el pago de la reliquidación de mesadas atrasadas.

SEXTO: : La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 *ibídem*.

OCTAVO: CONDÉNESE en costas al demandado ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a favor del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente

NOVENO: Ejecutoriado este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ

