



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015).

Naturaleza:	Nulidad Y Restablecimiento
Radicación:	70-001-33-33-003-2013-00314-00
Demandante:	Onís Mercedes Mejía Mercado
Demandada:	Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia – Unidad Especial Administrativa De Gestión Pensional Y Parafiscales - UGPP.

Tema: Reliquidación de Pensión modificación del ingreso base de liquidación con la inclusión de factores salariales.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Siguiendo la regla establecida en el artículo 179 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 (fs. 1-16).

1.1.1. Partes.

- Demandante: Onís Mercedes Mejía Mercado, identificado con la cédula de ciudadanía No. 23.225.166, quien actuó a través de apoderado judicial (fol. 17-18).
- Demandada. Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia - Unidad Especial Administrativa De Gestión Pensional Y Parafiscales UGPP.

1.1.2. Pretensiones.

1. Que se declare parcialmente nula la Resolución No. 4568 de fecha 13 de agosto de 1993, expedida por el Subgerente Administrativo del Instituto Colombiano de la

Reforma Agraria INCORA hoy liquidado "por la cual se reconoce una pensión de jubilación".

2. Que es totalmente nula la Resolución No. 403 del 14 de febrero de 2011, suscrita por el Director General del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión contenida en la Resolución No. 4568 de 1993.
3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores la entidad demandada, reliquidará la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo todo lo devengado durante el último año de servicios y actualizando el ingreso base de liquidación que sirva para liquidarla, considerando la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, según lo certificado por el DANE, desde la fecha en que se retiró del servicio hasta la fecha en que adquirió el derecho para pensionarse.
4. Que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocerá y pagará la diferencia entre lo que se ha debido pagar, y lo pagado hasta la fecha por concepto de pensión de jubilación a Onís Mercedes Mejía Mercado, ordenado por la Resolución demandada, debidamente indexada y actualizada con el IPC determinado por el DANE para cada período.
5. Que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dará cumplimiento a la sentencia en los términos 189 y 92 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.1.3. Hechos.

1. La señora ONIS MERCEDES MEJIA MERCADO trabajó en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA (hoy liquidado), desde el 15 de septiembre de 1966 hasta el 30 de abril de 1993, es decir que laboró por un término de más de 20 años al servicio del Estado.
2. Que el INCORA hoy liquidado, fue la última entidad a la cual estuvo vinculada la demandante, como empleada pública.
3. Asegura que el INCORA hoy liquidado, reconoció y pago directamente las pensiones de jubilación a quienes cumplieron con el lleno de los requisitos para tener este derecho.
4. Que la pensión de jubilación de la señora ONIS MERCEDES MEJIA MERCADO, se reconoció, liquidó y ordenó pagar en vigencia de la Ley 100 de 1993.

5. Que al cumplir los requisitos para la pensión, la demandante presentó ante el INCORA hoy liquidado, solicitud para el reconocimiento de la misma; dicha solicitud fue resuelta por medio de Resolución No. 4568 del 13 de agosto de 1993, reconociéndole la pensión de jubilación, efectiva a partir del 1º de mayo de 1993.
6. Al hacer dicho reconocimiento el INCORA no tuvo en cuenta para el ingreso base de liquidación, todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios prestados al Estado como funcionaria que fue del INCORA.
7. Ante tal desconocimiento de sus derechos, la demandante por intermedio de apoderado, presentó ante la entidad demandada derecho de petición el día 05 de agosto de 2010, con número de radicación 2010-220-028017-2, solicitando la reliquidación de la pensión de jubilación concedida mediante Resolución No. 4568 del 13 de agosto de 1993.
8. Que dicha petición fue resuelta por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de manera negativa mediante Resolución No. 403 del 14 de febrero de 2011.
9. Afirma que la Junta Directiva del INCORA liquidado, para responder directamente por el pago de las pensiones, expidió el acuerdo No. 04 de 1969, teniendo en cuenta todos los factores salariales que constituyen salario, en los términos del Decreto 1045 de 1978.

1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación.

1.1.4.1. Normas violadas.

Artículos 13,25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.
Ley 100 de 1993: Artículo 36.

1.1.4.2. Concepto de la violación.

Argumenta que la base fundamental de la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho se sustenta en que los actos acusados fueron expedidos violando normas superiores, por lo tanto debe ser declarado nulo parcialmente el de reconocimiento y reliquidación de la pensión y totalmente nulo el que negó la reliquidación de dicha pensión, pues la actividad pública debe someterse ante todo a la observancia de la Constitución y la Ley. La violación de las normas citadas por parte del INCORA hoy liquidado y del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Realiza un análisis de cada una de ellas, y asegura que en cuanto al artículo 13 de la Constitución Política, manifestando que los actos administrativos acusados violan este artículo, pues con ellos se crea una discriminación injustificada entre los funcionarios amparados por el régimen de transición, como en el caso de la demandante, si al momento de realizar el reconocimiento y ordenar el pago de la pensión, no se tiene en cuenta todas las condiciones de favorabilidad, inaplicando normatividad que por interpretación legal debe ser tenida en cuenta, máxime cuando nos encontramos en un estado social de derecho, en el que debe primar la aplicación de la Ley más favorable al trabajador, por lo tanto ante esa omisión la pensión de la accionante queda más baja que la de sus compañeros que ejecutaban idénticas tareas, percibieron el mismo salario y cumplieron el mismo tiempo de servicios.

Que el artículo 25 de nuestra Carta Magna, refleja que con los actos administrativos demandados se está desprotegiendo el trabajo desarrollado por la demandante, ya que para liquidarle la pensión de jubilación, la administración no le tuvo en cuenta el valor total sobre el cual debió ser liquidado el IBL, sino que aplicó normas que son desfavorables al trabajador, con el fin de disminuirle la pensión a que por Ley tiene derecho.

Que los actos administrativos acusados violan el artículo 48 de la Constitución Política al no ordenar liquidar la pensión de jubilación de la demandante, sin considerar la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios tal y como lo ordena la ley y dejar de actualizar el salario que sirvió de base para liquidarla, se incumple con lo establecido en las normas laborales, sobre la forma como deben ser reconocidas y pagadas las prestaciones sociales.

Así mismo menciona los artículos 53 y 58 de la Carta Política, manifestando que la administración, violó la norma en comento, pues no tuvo en cuenta el valor del promedio de lo devengado durante el último año de servicios a que tiene derecho la demandante, disminuyéndole en forma considerable la misma. Así mismo que el artículo 58 se violó porque la administración, al no considerar calcular el IBL sobre la base de la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicios prestados al estado, le está negando la posibilidad de pensionarse con una mejor mesada pensional, aplicable a su caso.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada en oficina judicial el 09 de octubre de 2013, y recibida en este despacho el mismo día¹.
- La demanda fue inadmitida mediante auto de fecha 21 de octubre de 2013 (fl. 45).

¹ Fols. 16 y 43

- Subsana la demanda procedió el despacho a su admisión a través de auto del 14 de noviembre 2013. (fl. 50 y reverso).
- Se ordenó la notificación personal a la parte demanda, al Ministerio Público y al Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, notificado por estado electrónico el 149 del 15 de noviembre de 2013².
- La demanda fue notificada a las partes el 02 de abril de 2014³.
- La parte demandada contestó la demanda en forma extemporánea (fl.99 a 106).
- Mediante auto del 29 de septiembre de 2014⁴ se fijó fecha para audiencia inicial.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La presente demanda fue contestada en forma extemporánea por lo que se tuvo como no contestada.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Se encuentran consignados en el audio y video de la presente audiencia y ello se remite el Despacho.

La parte demandante se refirmó en los argumentos y razones de su demanda. (Minuto 23:26:00).

La entidad demandada, intervino quedando registrado lo manifestado en el audio y video de la audiencia. (Minuto 28:33:00).

2. CONSIDERACIONES.

2.1. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se pretende la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución N° 4568 de fecha 13 de agosto de 1993, expedido por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria – INCORA hoy liquidado.

Del mismo modo, solicita la demandante que se declare la nulidad absoluta de la resolución N° 403 de fecha 30 del 14 de febrero de 2011, suscrita por el Director General del Fondo de Pasivos Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión contenida en la Resolución 4568 de 1993.

Se considera innecesario hacer un estudio de legalidad respecto de la Resolución No. 4568 de fecha 13 de agosto de 1993, expedido por el Subgerente Administrativo del Instituto

² F. 52

³ Fol. 58 a 60

⁴ Fol. 119

Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA hoy liquidado, que decidió acerca del reconocimiento inicial de la pensión de jubilación de la señora ONIS MERCEDES MEJIA MERCADO, porque, siguiendo la pauta jurisprudencial del H. Consejo de Estado⁵, cuando se solicita la Reliquidación de una pensión no es necesario entrar a demandar el acto inicial de reconocimiento de la pensión, en atención a que, el acto que surge con ocasión de la petición de Reliquidación, agota la vía gubernativa y es susceptible de ser recurrido ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, bastando sólo con demandar este último acto y no el acto inicial de reconocimiento, por cuanto no forman un acto complejo, sino que son actos autónomos y diferentes.

Así las cosas, el estudio de nulidad se centrará en la resolución N° 403 de fecha 14 de febrero de 2011, el cual niega la reliquidación hoy pedida.

2.2. FONDO DEL ASUNTO: PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Aduce la parte demandante que la entidad demandada, al reconocerle la pensión de vejez y/o jubilación, no obstante reconocer la transición pensional a su favor y aplicar los requisitos de edad y tiempo de servicios establecidos en la ley 33 de 1985, al determinar el ingreso base de liquidación de su mesada pensional, le aplico la ley 6ª de 1945, 4ª de 1966 y la ley 33 de 1985.

Que acorde con ello, debe tomarse para determinar el ingreso base de liquidación de su pensión de vejez, además de la asignación básica del último año de servicios.

En ese orden de ideas, tenemos que lo pretendido por la actora, es la reliquidación de su pensión de jubilación de vejez, por la modificación del ingreso base de liquidación con la inclusión de factores salariales.

Para determinar la procedencia o no de la causa de la parte Demandante y en aras de solucionar la controversia traída a sede judicial, es necesario estudiar i) El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral, ii) El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de Vejez de los empleados del sector público beneficiarios del Régimen de Transición; iii) los factores salariales para la liquidación de la mesada pensional; iv) el caso concreto.

⁵ Consejo de Estado Sección Segunda expediente No. 410012331000200400798 01 del 21 de mayo de 2009. C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

2.2.1. DEL REGIMEN DE TRANSICION. SUS ELEMENTOS O BENEFICIOS.

Al expedir la Ley 100 de 1993, a través del cual se creó el sistema general de pensiones, el legislador previó la necesidad de establecer un tránsito legislativo que respetará de los regímenes pensionales anteriores, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, en consideración a quienes a la fecha de entrada en vigencia de la citada norma, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre, o 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la misma. Así quedo plasmado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en sus incisos primeros y segundos, los cuales son del siguiente tenor literal:

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

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

Como se aprecia, el artículo citado no consagra un régimen pensional como tal, sino que permite el efecto en el tiempo de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad⁶ en aras de hacer efectivo el respecto a las expectativas legítimas. Para el caso de los empleados del sector público⁷, la norma aplicable por transición 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.

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

⁶ Para el sector público el Sistema General de Pensiones entro en vigencia el 30 de junio de 1995

⁷ Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial.

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”⁸

En igual sentido la Corte Constitucional en sentencia 596 de 1997, señaló:

“...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).

Las breves pero importantes citas jurisprudenciales, permiten señalar que, 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,**.

2.2.2. EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES QUE SE RECONOCEN CON BASE EN NORMA APLICABLE POR TRANSICION.

El Honorable Consejo de Estado⁹, 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.

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

⁸ 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.

⁹ 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)

construido la Corte Constitucional, quien acerca del IBL, del régimen de transición en sentencia T- 631 del 8 de agosto de 2002¹⁰ 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 vía de transición se aplique, para el caso que nos ocupa, repetimos la ley 33 de 1985 y la cual establece que corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.¹¹

2.2.3. 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 y en especial de la ley 33 de 1985, el H. Consejo de Estado ha sostenido la tesis que:

“El asunto se contrae a establecer si estuvo bien liquidada la pensión de jubilación reconocida al demandante, quien quedó cobijado por el régimen de transición de la ley 100 de 1993. Al quedar sin vigencia el aparte final del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ingreso para las personas bajo el régimen de transición a quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, quedó constituido por el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. Sin embargo, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que el régimen anterior relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, que es aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso base de liquidación de la prestación. El inciso segundo del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señaló los

¹⁰ 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.

¹¹ Ver sentencia del 25 de marzo de 2010. Consejo de de Estado Sección Segunda Subsección A, expediente No. 66001-23-31-000-2006-00452-01(1415-07). C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

factores base de liquidación para los aportes, así: 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. Según la certificación que obra a folio 18 del expediente, expedida por la División de Recursos Humanos del SENA, el actor laboró en dicha entidad desde el 30 de octubre de 1973 hasta el 25 de enero de 1995, es decir que su pensión de jubilación debe ser equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio comprendido entre el 26 de enero de 1994 y el 25 de enero de 1995, período durante el cual devengó asignación mensual, subsidio de alimentación, viáticos, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados y sueldo por vacaciones. Es decir que para la liquidación de la pensión serán factores los enunciados en el artículo 1º de la ley 62 de 1985 y todos aquellos sobres los cuales se hayan efectuado aportes con destino a la entidad de previsión. Así mismo, si existieran factores sobre los cuales no se aportó, la entidad podrá efectuar los respectivos descuentos”¹².

Tesis adoptada por la Sala Plena de la Sección Segunda, en sentencia del 4 de agosto de 2001 expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), donde se unifica el 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, con 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 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

¹² Sentencia del 12 de abril de 2007 con ponencia del Consejero Jaime Moreno García, Expediente 25000-23-25000-2004-03119-01(1285-06)

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).

En proveído de reciente data el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en aplicación de su línea consolidada, señaló:

"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"¹³

Así las cosas, la pensión de vejez regulada por la ley 33 de 1985, 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 sus servicios, 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 tenerlos en cuenta, pero realizara el descuento a que haya lugar.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección II, sentencia del 8 de marzo de 2012, expediente número: 15001-23-31-000-2008-00188-01(1505-11)

3. EL CASO CONCRETO:

La señora ONIS MERCEDES MEJIA MERCADO trabajó en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA (hoy liquidado), desde el 15 de septiembre de 1966 hasta el 30 de abril de 1993, es decir que laboró por un término de más de 20 años al servicio del Estado como funcionaria que fue del INCORA.

Que el INCORA hoy liquidado, fue la última entidad a la cual estuvo vinculada la demandante, como empleada pública, por lo que reconoció y pago directamente las pensiones de jubilación a quienes cumplieron con el lleno de los requisitos para tener este derecho.

La pensión de jubilación de la señora ONIS MERCEDES MEJIA MERCADO, se reconoció, liquidó y ordenó pagar en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Al cumplir los requisitos para la pensión, la demandante presentó ante el INCORA hoy liquidado, solicitud para el reconocimiento de la misma; dicha solicitud fue resuelta por medio de Resolución No. 4568 del 13 de agosto de 1993, reconociéndole la pensión de jubilación, efectiva a partir del 1º de mayo de 1993.

Al hacer dicho reconocimiento el INCORA no tuvo en cuenta para el ingreso base de liquidación, todos los factores salariales devengados por la actora durante su último año de servicios prestados al Estado como funcionaria que fue del INCORA.

La demandante por intermedio de apoderado, presentó ante la entidad demandada derecho de petición el día 05 de agosto de 2010, con número de radicación 2010-220-028017-2, solicitando la reliquidación de la pensión de jubilación concedida mediante Resolución No. 4568 del 13 de agosto de 1993. Siendo resuelta dicha petición por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de manera negativa mediante Resolución No. 403 del 14 de febrero de 2011.

Se encuentra probado que la actora inició su tiempo de servicio el día 5 de septiembre de 1966, lo cual indica que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con más de 15 años de servicio, circunstancia que le permite ser beneficiario del régimen de transición establecido en dicha normatividad y por tanto se le debe aplicar las normas anteriores, respecto de los requisitos para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

La actora fue pensionada mediante Resolución N° 04568 del 13 de abril de 1993, y que se tomó como base de liquidación de su mesada pensional, únicamente los factores correspondientes a la asignación básica, auxilio de alimentación y la prima de antigüedad.

Que la demandante solicitó el 05 de agosto de 2010 a la demandada la reliquidación de la pensión de jubilación, en el sentido de que le incluyeran todos los factores, solicitud que fue negada a través del acto administrativo hoy cuestionado en sede judicial.

Pues bien, al revisar el texto de la resolución No. 403 de 14 de febrero de 2011, la cual niega el derecho a la reliquidación pensional de la actora, se advierte, que la entidad demandada, reconoce que la situación pensional de la actora se regula por la ley 33 de 1985, en cuanto a edad y tiempo de servicios, en virtud del artículo 34 de la ley 100 de 1993, pero frente a los factores salariales para establecer el monto de la mesada, toma lo establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. De la misma forma, que en el acto de reconocimiento inicial de la pensión, esto es la resolución No. 4568 de 1993, la entidad reconoce el derecho con la ley 33 de 1985, pero omite aplicar todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Lo descrito, revela una clara violación del principio de inescindibilidad, toda vez que se toman los requisitos de edad y tiempo de servicios de la ley 33 de 1985 y el monto de la pensión de otro, incluido en ingreso base de liquidación, lo cual es totalmente contrario a la postura jurisprudencial expuesta por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la cual enseña que los elementos del régimen de transición en pensiones son, la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión incluyendo, el ingreso base de liquidación, los cuales deben tomarse, por tratarse de un empleado público de la ley 33 de 1985, siguiendo la pauta interpretativa líneas antes reseñada, sobre factores salariales, en el sentido que las pensiones cobijadas por las transición pensional de la Ley 100 de 1993, y que se reconocen bajo el amparo normativo de la Ley 33 de 1985, deben serle aplicados en su liquidación todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, habida cuenta que el listado de factores del Decreto 1045 de 1978 no es taxativo sino meramente enunciativos.

Lo expuesto y probado, da lugar entonces a la declaratoria de nulidad del acto acusado y en consecuencia se ordenara la reliquidación deprecada en los siguientes términos

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Colofón de la nulidad del acto administrativo enjuiciado, se ordenará a la entidad demandada, que realice una nueva liquidación de la pensión de vejez de la demandante, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, lo correspondiente a la prima de junio (prima de servicios), la prima de navidad, la prima de vacaciones y el auxilio de alimentación. Con la salvedad que, sí sobre

estos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

Las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado por la pensión reconocida y la que reconozca, (incluidos los reajustes por factores y por actualización de la base salarial) una vez se revalorice la base de liquidación, igualmente se ajustará en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente mes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de las diferentes acreencias laborales, de acuerdo a la fecha de su causación, conforme a la regulación normativa de cada una). Por tratarse de pagos de reajustes de tracto sucesivo, mensuales o anuales, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes o año por año, para cada acreencia laboral para las causadas de esta forma, el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Se dará cumplimiento al presente fallo en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y la misma devengará intereses en los términos consagrados en el artículo 195 *Ibidem*.

5. DE LA PRESCRIPCIÓN:

En consideración a la PRESCRIPCIÓN dentro del presente medio de control, y siendo que el despacho la puede realizar de oficio. El Despacho, declarará probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales (el derecho en si no prescribe, más si el pago de las mesadas) anteriores al 06 de agosto de 2007, teniendo en cuenta que:

El Decreto 1848 de 1969, en su artículo 102, dispone:

“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 sólo por un lapso igual.”

Dicha prescripción trienal, ha dicho el Consejo de Estado¹⁴, “aunque está prevista para los derechos establecidos en el Decreto 3135 de 1968, se hace extensiva analógicamente al resto de prestaciones de los Servidores Públicos por existir un vacío legal”.

En el caso que nos convoca, esta principia a contarse el día 06 de agosto de 2010, fecha en la cual la actora reclamo la reliquidación de su pensión de jubilación, hacia atrás tres (3) años exigibles para el reconocimiento y pago, esto es, 06 de agosto de 2007, lo cual pone de presente que sobre las mesadas causadas con anterioridad a esa última fecha ha operado la prescripción y en consecuencia la misma se declara de oficio probada parcialmente.

6. CONDENAS 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 del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del cuatro (4%) por ciento de las pretensiones reclamadas¹⁵, equivalentes a la suma de **SENTENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS MC/TE (\$72.813,00)**, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

7. 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: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución N° 403 de fecha 14 de febrero de 2011, mediante el cual **EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora **ONIS MERCEDES MEJIA MERCADO**, con fundamento en lo dicho en la parte motiva de este proveído.

¹⁴ Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02298-01(0489-08)

¹⁵ Estimada en \$7.253.190,00. Folio 6 - 7 del expediente.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP, para que reliquide la pensión de la señora ONIS MERCEDES MEJIA MERLANO, incluyendo en su cálculo, la totalidad de los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios. Con la salvedad que, sí sobre estos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

TERCERO: CONDENASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reliquidada la pensión de jubilación del actor, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 06 de agosto de 2010, acorde con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: Se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del cuatro (4%) por ciento de las pretensiones reclamadas, equivalentes a la suma de **SENTENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS MC/TE** (\$72.813,00), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 203 de la Le 1437 de 2011.

SÉPTIMO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos de proceso. Efectúese las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático de administración judicial siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA
JUEZ