



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE: BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, diecinueve (19) de enero del dos mil dieciocho (2018)

RADICACION: 73001-33-40-012-2016-00063-01 (Int. 921-2017)
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ROSALBA LUNA CASTAÑO
DEMANDADO(S): ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.
TEMA: Reliquidación Pensional

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante, contra el fallo proferido el día 23 de junio del 2017, con el que el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Ibagué, negó las suplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora ROSALBA LUNA CASTAÑO, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presenta demanda contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad de las resoluciones No. GNR 147160 del 30 de abril del 2014 y de la Resolución VPB 18324 del 20 de octubre del 2014, a través de las cuales, resolvió de manera negativa la solicitud y el recurso de apelación respectivamente, de la reliquidación pensional, con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicio, como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reliquide la pensión de jubilación incluyendo el promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, debiendo pagar la diferencia que resulte entre lo que se ha pagado y lo que efectivamente se pagó, se ordené la indexación de las sumas, intereses comerciales y moratorios, así como el pago de agencias de derecho y costas procesales.

Las anteriores pretensiones las soporta en los siguientes:

HECHOS

1. la demandante laboró al servicio del estado durante 22 años, 11 meses y 158 días, adquiriendo status pensional el 22 de febrero del 2000.
2. Mediante Resolución No. 010475 del 21 de septiembre del 2009, la entidad demandada le reconoció pensión de jubilación a la demandante, teniendo en cuenta para su liquidación la asignación básica, omitiendo la inclusión de los demás factores devengados durante el último año de servicios.
3. La accionante elevó petición ante COLPENSIONES, solicitando la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último de servicios,

siendo resuelta de manera negativa, mediante L resolución No. GNR 147160 del 30 de abril del 2014.

4. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación, el cual a través de la Resolución No. VPB 18324 del 20 de octubre del 2014, confirmando en todas sus partes, el acto administrativo que resolvió negar la reliquidación pensional solicitada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con escrito visible a folios 72 a 88 del expediente, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, contestó demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), se estableció que no habría regímenes especiales ni exceptuados, determinando que los mismos expirarían el 31 del año 2010.

En virtud de lo anterior, concluye que la pensión de jubilación de la ley 33 de 1985, hoy en día no se encuentra vigente dentro del ordenamiento territorial colombiano, habiendo sido derogado tácitamente por el acto legislativo en mención.

Alude, que la demandante no demostró la calidad de empleada pública, puesto que no entregó el material probatorio que así lo acreditara, por lo que la norma que le fue aplicable es la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 del 2003; sin embargo arguye, que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ha sido claro al establecer que para el IBL se debe acoger lo señalado en su inciso tercero del artículo 36.

Propone como excepciones: inexistencia de la obligación, incorrecta inclusión de factores salariales, caducidad, prescripción genérica y especial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida el día 23 de junio del 2017, el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Ibagué, negó las suplicas de la demanda, para lo cual señaló:

“con fundamento en lo anterior, el Despacho procederá a acatar el precedente constitucional estudiado, precisando que quien sea beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no se le incluirá el ingreso base de liquidación del régimen de transición, sino el previsto en los incisos 2 y 3 del artículo 36 ibídem y el Decreto Reglamentario 1159 de 1994.

Por tal motivo, el Despacho no accederá a lo pretendido por la demandante, como quiera está, al ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solamente tenía derecho a que de la normatividad anterior, se le aplicara para el monto de su pensión, la edad, el tiempo de servicios y monto, más no el IBL como se señaló en precedencia, habiendo la parte accionada liquidado su pensión de vejez, con la inclusión de los factores a que por ley-decreto 1158 de 1994-tenía derecho, lo que determina en este caso, la prosperidad de la excepción denominada inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante.”

RECURSO DE APELACION

Mediante escrito visto a folios 113 a 118 la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que la Juez de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda, aludiendo que se desconoció los precedentes jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, donde se indica que se debe dar aplicación en su totalidad el régimen de transición, como lo es, en tiempo, edad, y base de liquidación, motivo por el que reitera los lineamientos jurisprudenciales y normativos establecido en el libelo demandatorio, motivo por el cual solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se accedan a las pretensiones.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 30 de agosto del 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto y con providencia del 08 de septiembre del 2017 se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Durante el término concedido, lo hizo el apoderado de la entidad demandada, reiteraron los argumentos esbozados en las actuaciones anteriores, (fls. 128 a 132).

Por su parte, el apoderado de la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL - COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia, tal como lo establece el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el caso bajo estudio se contrae a establecer si a la parte demandante, le asiste el derecho a que su pensión de vejez sea reliquidada con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios laborado.

ESTUDIO SUSTANCIAL

Con el advenimiento de la Ley de 100 de 1993, se creó un sistema de seguridad social integral, que tenía como objetivo el de amparar a la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, utilizando como medio para tal fin el reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, las cuales se encontrarían sometidos al cumplimiento de ciertos requisitos como lo son la edad y tiempo de servicios.

No obstante lo anterior, dicha normatividad consagró en su artículo 36 el régimen de transición, el cual reza:

“... La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tenga 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, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33587 y artículo 34588 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenida en la presente ley.” (Las negrillas son mías)

De lo anterior, se colige que el fin último de dicho régimen de transición, es beneficiar a aquellas personas que cumplen determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que se refiere a edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se siga rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Al respecto, el Consejo de Estado¹ ha señalado que en la aplicación del régimen anterior a los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe hacer en forma integral y no parcial, lo que significa que la pensión de vejez, debe tener en cuenta no solo las condiciones de edad de las normas anteriores, sino también el tiempo de servicio y el monto de la pensión.

La Ley 33 de 1985, estableció en su artículo 1º; que para poder acceder a la pensión mensual vitalicia por parte de un empleado oficial tendría que cumplir con un tiempo de servicios de veinte años continuos o discontinuos y una edad de cincuenta y cinco años; el monto de la pensión sería el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

En el inciso 2º del artículo 3º de la misma norma, precisó que la base de la liquidación estaría constituida por los siguientes factores: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

No obstante, la anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, que estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:

“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

¹ Entre otras Sentencias: Sección Segunda - Subsección B Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Junio 7 de 2007. Radicación Número: 76001-23-31-000-2002-01420-01 (5825-05).

Sección Segunda - Subsección B Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, febrero 16 de 2006. Radicación Número: 25000

servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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

Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el H. Consejo de Estado en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues que en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Finalmente dicha Corporación mediante sentencia de unificación² llegó a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no señaló de manera 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.

Surgiendo la obligación de ordenar el descuento de los aportes correspondiente a los factores salariales sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal respectiva.

A su vez, la Ley 62 de 1985, modificatoria parcial de la Ley 33 /85, en lo pertinente a la liquidación de la pensión, es del siguiente tenor:

“Art. 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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

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

De igual manera, dando cumplimiento y aplicación a pronunciamiento de la Sección Segunda en Pleno del Consejo de Estado, que retoma la primera forma de interpretar el contenido y alcance del referido artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en cuanto a la inclusión de los factores salariales a tener en

² Sección Segunda Sala Contencioso Administrativa del 04 de Agosto de 2010 M.P. Victor Hernando Alvarado Ardila. Radicado Nro. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

cuenta para el monto de la pensión de jubilación, la Sala acoge la senda tendiente a que se incluyan todos los factores salariales recibidos por el empleado durante el último año.

En este sentido, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Exp. No. 250002325000200607509-01. Actor: Luís Mario Velandia Vs. Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), cambió la interpretación que debe dársele a dicha normativa y contrario a lo que se venía manejando, indicó que tal listado de factores no es taxativo, 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.

Indicó además, que si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA SU-230 DE 2015, PROFERIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

No pasa por alto la Sala el reciente pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 230 del 29 de abril del 2015, con ponencia del magistrado Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la que la sala plena de esta Corporación reiteró lo ya dispuesto en sentencia C- 258 del 2013 en la que se hizo 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 uno de los elementos que haga parte del régimen de transición y por lo tanto no se encuentra cobijado por el mismo, debiéndose seguir las reglas generales contenidas en la normatividad ya citada (Régimen integral de seguridad social), posición que se reiteró en la providencia A- 326 del 2014, en la que se determinó que el promedio base de liquidación no puede ser el estipulado en la legislación anterior, en razón a que, como ya se había manifestado el régimen de transición solo comprende, la edad, el monto y el número de semanas de cotización, excluyendo el promedio de liquidación, razón por la cual mal podría accederse a lo pretendido por el demandante; esto es liquidar su mesada pensional teniendo como ingreso base de liquidación lo devengado en el último año de servicios.

En efecto, en la mencionada providencia, consideró la Corte:

*“Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.**” (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

Sobre el debate de la aplicación de la norma objeto de estudio ha suscitado, el Honorable Consejo de Estado, se ha pronunciado de manera pacífica, uniforme y reiterada al respecto, manifestando de manera enfática que de conformidad al principio de inescindibilidad de la Ley resulta aplicable la norma anterior, tanto en los temas de edad, tiempo de servicio, como forma de liquidación de la referida pensión.

Así lo indicó en sentencia del 21 de septiembre del 2006³, con Consejero Ponente, Dr. Jaime Moreno García:

“Ahora bien, a pesar de que la ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto, también se debe aplicar el régimen anterior, porque resulta más favorable a la accionante. De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”.

Dicha posición ha sido invariable y no ha sufrido modificaciones, es así, como en **pronunciamiento de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 25 de febrero de 2016 con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente Nro. 25000234200020130154101, referencia Nro. 4683-2013, Accionante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón; esta alta corporación al analizar concretamente el tema relación con la postura adoptada por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, señaló**

*“Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, **el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%).** La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, “las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso”.* (Negrillas fuera del texto original)

Si bien es cierto, la anterior sentencia fue revocada dando cumplimiento del fallo de tutela de 15 de diciembre de 2016⁴ de la Sección Quinta del Consejo de Estado, dando origen a una nueva sentencia del 9 de febrero de 2017, no pasa por alto esta Corporación que el criterio interpretativo citado línea atrás, no fue modificado:

“Desde ahora, la Sala advierte que la sentencia en los términos que

³ Consejo de Estado - Sección Segunda Subsección A Sentencia del 21 de septiembre del 2006. CP DR. JAIME MORENO GARCÍA, aplicando el régimen de transición que establece la ley 33 de 1985, que nos remite al decreto ley 1045 de 1998.

⁴ Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01334-01

aquí se adopta obedece, simple y llanamente, al cumplimiento del fallo de tutela del 15 de diciembre de 2016, empero, no constituye una modificación al criterio interpretativo que del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, ha sostenido la Sección Segunda de esta Corporación.”

Debe indicarse, que esta Sala de Decisión se acoge y comparte la interpretación de la Sala Segunda del Consejo de Estado, dado que la aplicación diferida de las normas, en los términos establecidos por la H. Corte Constitucional, resulta contraria al principio de inescindibilidad de la Ley, al principio de progresividad y no regresividad en material laboral, así como el de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, conforme el cual se debe dar aplicación a la interpretación más beneficiosa de normas de diferente fuente, de la misma fuente, o sobre una sola norma que permite varias interpretaciones.

En el mismo sentido, es menester recordar como el precedente vertical conformado por las decisiones de los jueces de superior jerarquía, en especial, los órganos de cierre de cada jurisdicción, deben ser respetados por las autoridades judiciales, como un deber impajaritable a su cargo y de ineludible cumplimiento.

En términos del Honorable Consejo de Estado:

“Ahora bien, el precedente judicial es de dos tipos: (i) el horizontal, que incluye las decisiones que dictó el mismo juez u otro de igual jerarquía, y (ii) el vertical, que está conformado por las decisiones de los jueces de superior jerarquía, en especial, las decisiones de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

En cuanto al precedente vertical, la Corte Constitucional ha dicho que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía y, en especial, de últimas instancias en cada una de las jurisdicciones no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de ineludible cumplimiento. Es decir, para garantizar un mínimo de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, los funcionarios judiciales se encuentran vinculados a la regla jurisprudencial que haya fijado el órgano de cierre de cada jurisdicción.”⁵

En consecuencia, siendo el Honorable Consejo de Estado, órgano de cierre de esta Corporación, el respeto de su precedente se hace imperativo, en aras de garantizar derechos constitucionales tales como el de la igualdad y el de la seguridad jurídica, puesto que a juicio de la Sala, de acogerse el pluricitado fallo y ordenarse la liquidación del IBL de la pensión, en los términos que dispone la Ley 100 de 1993, sin duda alguna, el monto de las pensiones se vería notablemente disminuido, con lo cual se afectaría no solo el principio de favorabilidad, sino que por el contrario será un contrasentido que cada vez la pensión tienda a ser menor, razón por la cual la Sala se aparta de la posición expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación del 29 de abril del 2015.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE once (11) de junio del dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01022-00

CASO CONCRETO

En el caso que ocupa nuestra atención, encontramos que la señora ROSALBA LUNA CASTAÑO, nació El 22 de febrero de 1945 (Fl. 03), que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993⁶, la demandante contaba con 48 años de edad, cumpliendo de esta manera con el requisito de la edad, exigido por la norma para ser en principio beneficiaria del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, por lo que el régimen que le sería aplicable, es el contenido en la Ley 33 de 1985.

Al revisar el tiempo de servicio, se observa que laboró al Servicio del estado desde el 01 de abril de 1971, en consecuencia para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, no contaba con los 15 años de servicios que exigía la norma para ser beneficiaria del régimen de transición previsto en esa normatividad, por lo que como se expuso en apartes anteriores, le es aplicable en su integridad el régimen contenido en la Ley 33 de 1985.

Como se indicó en apartes anterior, la parte demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia le son aplicables las disposiciones previstas en el régimen anterior, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985.

En consecuencia, para acceder a la pensión de jubilación, el trabajador debe acreditar veinte (20) años continuos o discontinuos de servicio y tener 55 años de edad, requisitos que son satisfechos por la aquí demandante, en tanto que según se desprende del acto de reconocimiento pensional, la accionante para ese momento contaba con un tiempo de servicios de **38 años, 05 meses y 20 días**, además para dicha fecha tenía **64 años de edad**, cumpliendo de esta manera con los requisitos de tiempo de servicios y edad.

Dispuesto lo anterior, no hay duda para la Sala que el demandante le nació su derecho a pensionarse con las prerrogativas establecidas en la Ley 33 de 1985, motivo por el cual es acreedora a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Respecto a este aspecto, es pertinente señalar conforme lo ha precisado el máximo órgano de lo contencioso administrativo y por ende la Sala se mantiene en esta posición, que quienes son beneficiarios del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se les aplicará en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia, pues de lo contrario y al aplicar el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada norma, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la Ley, y por la tanto se desnaturaliza el régimen a aplicar.

En consecuencia, frente a los factores salariales que han de tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, la Sala acoge íntegramente los parámetros establecidos por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 04 de agosto de 2010, radicada No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en la que se indicó que aquellas personas a quienes les es aplicable la

⁶ Para servidores públicos del orden nacional el 1º de abril de 1994 y para empleados del orden, municipal, departamental y distrital, el 30 de junio de 1995.

Ley 33 de 1985, en la liquidación de la pensión de jubilación es válido que se haga lo mismo, no solo en relación con los factores salariales sobre los cuales se efectuó la deducción legal, sino respecto de todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibió el empleado como retribución de sus servicios.

En concordancia, con lo anterior tenemos que según certificación de salarios, visible a folio 34 del plenario, la demandante devengó durante el último año de servicios, los siguientes factores:

- Sueldo básico.
- Subsidio de alimentación
- Auxilio de transporte.
- Bonificación especial permanente.
- Bonificación por recreación
- Bonificación por servicios prestados.
- Prima de vacaciones.
- Prima de servicios.
- Prima de navidad.

Que por el contrario en el acto administrativo de reconocimiento pensional, no incluyeron todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Así las cosas, y con fundamento en los argumentos normativos y jurisprudenciales ya reseñados, considera la Sala que es procedente acceder a la reliquidación de la prestación económica en los términos solicitados por la demandante, esto es, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo todos y cada uno de los factores salariales devengados para dicho periodo, los cuales corresponden: **sueldo básico, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación especial permanente, y las doceavas (1/12) partes de la bonificación por servicios prestados, de la prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, en las proporciones establecidas en la ley.**

Advierte esta corporación que no es posible incluir dentro de la base de liquidación, lo devengado por concepto de bonificación por recreación, en tanto que es reiterada la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, según el cual dichos conceptos no constituyen ni salario ni prestación, y que por lo tanto no constituyen factor salarial para efectos prestaciones.

En conclusión, es válido afirmar que los factores salariales que fueron percibidos por la accionante, durante el último año de servicios, y que no fueron incluidos al momento del reconocimiento de la pensión, además de la asignación básica, se deberá tener en cuenta el **subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación especial permanente, y las doceavas (1/12) partes de la bonificación por servicios prestados, de la prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**, para efectos de la liquidación pensional, esto es, al aplicarse en forma íntegra el régimen de transición que le era ajustable a la demandante.

Lo anterior, sin perjuicio que la entidad accionada realice el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Los factores establecidos que se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas (1/12) partes de estos.

En ese orden de ideas, la entidad accionada, deberá pagar a favor de la demandante, las diferencias de las mesadas pensionales, entre los valores que le fueron reconocidos anteriormente y los que debe reconocer con ocasión de lo dispuesto en la presente sentencia, lo anterior sin perjuicio de la indexación de los valores dejados de percibir desde el momento en que se le reconoció el derecho y hasta la fecha de su pago efectivo.

Así las cosas, esta Corporación encuentra que la negativa en la reliquidación de la pensión de jubilación que ha expuesto LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, frente al caso de la accionante, no se ajusta a derecho y, en ese sentido, se deberá declarar la nulidad de las Resoluciones No. GNR 147160 del 30 de abril del 2014 y de la Resolución VPB 18324 del 20 de octubre del 2014, mediante las cuales la entidad demandada negó la reliquidación pensional y resolvió de manera desfavorable el recurso de apelación respectivamente, donde solicitaba la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último de servicios.

Para el restablecimiento del derecho se hará el reajuste en la forma determinada por el Consejo de Estado y tales incrementos serán tenidos en cuenta para efectuar la reliquidación de las mesadas pensionales de los años posteriores y determinar el valor correspondiente a las mesadas no prescritas de conformidad con lo expuesto en la parte precedente, y la diferencia resultante no pagada, será objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

En lo que respecta al tema de la PRESCRIPCIÓN, tenemos que conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, opera el fenómeno de la prescripción de tres (3) años desde que la obligación se haya hecho exigible, y el simple reclamo del trabajador ante la autoridad competente, interrumpe dicho término, por un lapso igual.

En el presente caso, se observa que la demandante elevó petición de reliquidación pensional el día 16 de agosto del 2013 (fls. 12-14), motivo

por el cual se encuentra prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **16 de agosto del 2010.**

DE LA CONDENAS EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, condénese en costas de ambas instancias a la parte demandada. Líquidense de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P, siempre y cuando se encuentre demostradas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

EN SINTESIS:

Observa esta Corporación, que hay lugar acceder a la reliquidación de la pensión de jubilación que devenga la demandante, ordenando la inclusión de todos los factores salariales que fueron devengados en el último año de servicios, razón por la cual se **REVOCARÁ** el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Ibagué.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, Sala de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 23 de junio del 2017, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Ibagué, que negó las pretensiones de la demanda, conforme a las razones esbozadas en la presente decisión.

SEGUNDO.- DECLÁRESE la nulidad de las Resoluciones No. GNR 147160 del 30 de abril del 2014 y la No. VPB 18324 del 20 de octubre del 2014, mediante las cuales la entidad demandada negó la reliquidación pensional y resolvió de manera desfavorable el recurso de apelación respectivamente, donde solicitaba la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último de servicios.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la señora ROSALBA LUNA CASTAÑO, tomando como base el 75% del promedio salarial devengado en el último año de servicio (01 de febrero del 2014 al 31 de enero del 2015), incluyendo además de los factores salariales de asignación básica mensual, lo correspondiente al **subsidio de alimentación, auxilio de transporte,**

bonificación especial permanente, y las doceavas (1/12) partes de la bonificación por servicios prestados, de la prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, a partir del 16 de agosto del 2010

En ese orden de ideas, la entidad accionada deberá pagar la diferencia resultante entre las mesadas pensionales efectivamente pagadas y la resultante de la reliquidación ordenada en la presente providencia.

Los factores establecidos que se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de estos.

La entidad demandada, deberá descontar los aportes correspondientes a los factores salariales que se incluyan y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, debidamente indexados.

CUARTO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de prescripción a partir del **16 de agosto del 2010.**

QUINTO: Los valores resultantes del pago de la diferencia que surja en los reajustes anuales de su pensión, a cargo de la entidad demandada, ordenado en los numerales segundos y tercero, se deberán actualizar conforme lo establece el Art. 187 del C.P.A.C.A.

SEXTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la entidad accionada, siempre que se encuentren causadas y probadas, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

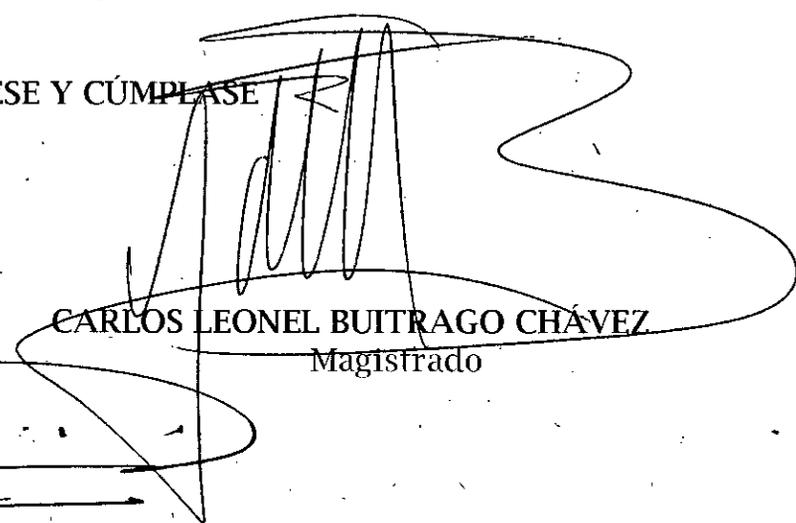
Fijese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

SEPTIMO.- Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de Origen.

Está presente providencia fue aprobada y estudiada en Sala del dieciocho de enero del dos mil dieciocho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ
Magistrado


CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado