



152

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
CENTRO- AVENIDA VENEZUELA -EDIFICIO NACIONAL PISO 1
TELEFAX: 664-2718

EDICTO N° 031

LEY 1437 DE 2011 (ORALIDAD)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
MAGISTRADO PONENTE: Dra. HIRINA MEZA RHENALS
RADICADO: 13001-33-33-004-2013-00055-01
DEMANDANTE: GUSTAVO PELAEZ RUIZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
PROVIDENCIA: SENTENCIA
FECHA DE LA PROVIDENCIA: 29 DE AGOSTO DE 2014

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LA PAGINA WEB DE LA RAMA JUDICIAL Y EN LA SECRETARIA GENERAL DE ESTA CORPORACION, POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DIAS, HOY, QUINCE (15) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CATORCE (2014), A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.).

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

EN LA FECHA VENCE EL TERMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO; HOY, DIECISIETE (17) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CATORCE (2014), SIENDO LAS CINCO (5:00) DE LA TARDE.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN 003

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADA PONENTE: HIRINA MEZA RHÉNAL

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: GUSTAVO PELAEZ RUIZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 130013333-004-2013-00055-01

TEMA: RELIQUIDACION DE PENSION DE JUBILACION INCLUSION DE FACTORES SALARIALES

SENTENCIA: 42

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones.

La demanda se dirige concretamente a que: 1) se declare constituido el silencio administrativo negativo en los términos del artículo 83 del CPACA (ley 1437 de 2011) respecto de la solicitud de reliquidación de pensión presentada el día 12 de diciembre de 2011. 2) Que se declare la nulidad del acto ficto negativo producto de la falta de respuesta a la petición

elevada por el actor al Instituto de seguros sociales el día 12 de diciembre de 2011, mediante la cual el actor solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación a partir del día 1 de septiembre de 2010 en cuantía del 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio: asignación básica y/o sueldo, prima técnica, prima de alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación de servicio, bonificación especial recreación sueldo de vacaciones, pago proporcional ind. Vacaciones, auxilio de transporte, subsidio de alimentación y cualquier otro valor devengado que constituya factor salarial. 3) Que se declare que es parcialmente nula la Resolución 00014661 del 12 de octubre de 2010 por medio de la cual se ordenó su inclusión a nómina por no haber liquidado la pensión con el salario promedio mensual devengado en el último año de servicio y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Como consecuencia de la declaración de nulidad del acto, se restablezca en su derecho al actor condenando a las demandadas solidariamente: **a)** Reliquidar al actor su pensión de jubilación a partir del 1 de septiembre de 2010, en cuantía del 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta o incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio; **b)** A establecer y pagar las diferencias pensional que resulte de lo pagado como consecuencia del reconocimiento pensional y lo que deba pagar en cumplimiento de la sentencia partir del 1 de septiembre de 2010; **c)** A indexar todas las sumas reconocidas y a pagar; **d)** A efectuar los reajustes automáticos de ley a que haya lugar a partir de la fecha de adquisición del derecho; **e)** A ajustar el valor de las condenas con base en el índice de precio al consumidor artículo 187 CPACA (ley 1437 de 2011) de conformidad los artículos 11, 21 y 36 e la ley 100 de 1993 y el principio de favorabilidad art. 53 C.N.; **f)** Al cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192, 194 y 195 del CPACA (ley 1437 de 2011); **g)** Al pago de las costas artículo 188 CPACA (ley 1437 de 2011).

1.2. Hechos

Se resumen así:

1.2.1 El demandante nació el 5 de septiembre de 1945, y laboró desde el día 20 de enero de 1971 con la Gobernación de Bolívar en forma interrumpida hasta el día 17 de enero de 1990 cuando por decreto fue incorporada a la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena donde estuvo laborando hasta el día 31 agosto de 2010, por lo que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía 49 años de edad y más de 22 años de servicio, siendo beneficiario del régimen de transición.

1.2.2 El Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 00022096 de 28 de octubre de 2009 le reconoció pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985.

1.2.3 Mediante resolución número 00014661 de fecha 12 de octubre de 2010 se ordenó su inclusión en nómina y se efectuó la liquidación de la pensión, esto por haberse aceptado la renuncia del demandante por parte del empleador, liquidación que fue hecha aplicando el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en vez de hacerla con base en el último año de servicio incluyendo todos los factores salariales comprendido entre el 1 de septiembre de 2009 y el 31 de agosto de 2010.

1.2.4 El valor de la mesada pensión le fue liquidado con un salario promedio \$924.381 por lo que el 75% arrojó la suma de \$693.286, valor por el que le reconocieron la pensión a partir del 1 de septiembre de 2010.

1.2.5 Mediante escrito de fecha 12 de diciembre de 2011 el demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación para que se le incluyeran todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y con una cuantía del a pensión 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicio y que hasta la fecha de la presentación de la demanda han transcurrido más de 15 meses son que se le haya notificado de respuesta alguna.

1.2.6 El promedio mensual de lo devengado en el último año de servicio es de \$2.064.995 por lo que el 75% es igual a \$1.548.746, suma por la que se debió reconocer la pensión.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes: artículo 36 de la Ley 100 de 1993; Ley 33 de 1985 artículo 1 y 3; Ley 62 de 1985 artículo 3.

En síntesis, señala que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que como servidor público tiene derecho a que se le aplique para el reconocimiento de la pensión la Ley 33 de 1985. La vulneración consiste en que el ISS no le aplicó de manera integral el régimen de transición, ya que para determinar el ingreso base de cotización no aplicó la Ley 33 de 1985 que establece que será el promedio de lo devengado en el último año de servicio, sino el parágrafo 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, referente a que a quienes les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, la base para liquidar sería el promedio del tiempo de lo devengado en el tiempo que le faltare para ello o el cotizado durante todo el tiempo se fuere superior. Además de lo anterior, tampoco tuvo en cuenta todos los factores salariales que devengó durante su último año de servicio.

2. Contestación de la demanda.

La entidad demandada contestó la demanda extemporáneamente, por lo que no se tiene en cuenta¹.

3. Sentencia de Primera Instancia².

En sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil trece (2013), el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

¹ Fol. 56-65

² Folios 82-99

Consideró el A quo que, conforme a las pruebas obrantes en el proceso, está acreditado que el demandante, es beneficiario del régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que por tanto, la norma aplicable es el régimen anterior al cual se encontraba afiliado. Además indicó que si bien existen dos posiciones frente a cuales son los factores salariales para la liquidación de la pensión, el Despacho acogió la interpretación consistente en que dicha lista no es taxativa sino enunciativa, por lo que se pueden incluir factores no establecidos en ella devengados por el trabajador, en virtud del principio de favorabilidad y siguiendo el precedente jurisprudencial.

Conforme a lo anterior, declaró la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo por la no contestación de la petición de fecha 12 de diciembre de 2011 y la nulidad parcial de la Resolución N° 14661 del 12 de octubre de 2010, la cual ordenó la inclusión en nómina de una prestación económica y el pago de un retroactivo en el Sistema General de Pensiones, por no incluir en la liquidación todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicio.

Como restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión de jubilación del actor aplicando el 75% del promedio mensual de los salarios devengados por esta en el último año de servicio, incluyendo además de los reconocidos los siguientes factores salariales: asignación básica, prima técnica, subsidio de alimentación, y las doceavas partes de la bonificación por servicios, bonificación por recreación, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, con efectos fiscales a partir del 1 de septiembre de 2010, y en consecuencia el pago de las diferencias pensionales que resultaran de la liquidación, debidamente indexadas. Así mismo, que COLPENSIONES podrá realizar los descuentos por aportes correspondientes aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal.

4. Recurso de apelación.

4.1 Apelación de la parte demandada³.

La parte demandada recurre la sentencia de primera instancia, señalando que para el reconocimiento y liquidación de la pensión del demandante, el ISS tuvo en cuenta los requisitos que se deben cumplir para obtener derecho de pensión de vejez consistentes en que cuente con el tiempo o semanas cotizadas y la edad, y que al ser el demandante beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 se le aplicó el régimen para empleados públicos, esto es liquidando su pensión por el 75% del promedio de los salarios sobre los cuales se cotizaron durante los últimos 10 años, teniendo en cuenta que el régimen de transición solo garantiza a sus beneficiarios la aplicación de la normatividad anterior solo en lo que se refiere a la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación de la pensión, el cual se rige como regla general por la reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993, con la sola excepción contenida en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así, por regular la Ley 100 de 1993 integralmente el aspecto del Ingreso Base Liquidación de quienes se encuentren en el régimen de transición, no es de recibo aplicar la norma que le antecedió.

Por último en cuanto a los factores salariales que integran el ingreso Base de Liquidación dijo que debe entenderse conformado con los ingresos recibidos por el afiliado que sirvan de base para el cálculo de cotizaciones al sistema general de pensiones, de conformidad con lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

5. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha 3 de junio de 2014, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de

³ Folios 101-106

apelación presentado por la parte demandada y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5.1 Alegatos de conclusión.

5.1.1 Alegatos parte demandada

Mediante escrito presentado en oportunidad (fl. 134-135) la apoderada de la demandada alega de conclusión en los mismos términos de la sustentación del recurso de apelación.

II. CONSIDERACIONES

1. ASUNTO PREVIO.

1.1. Control de legalidad.

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia no se ejerció control de legalidad de las mismas. Sin embargo, ninguna de las partes ni el ministerio público objetó el trámite procesal adelantado. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinados por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Tiene derecho la parte actora a que se reliquide su pensión de jubilación, tomando como base todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anteriores a su retiro definitivo o debe liquidarse con el promedio de lo devengado durante los 10 últimos años, como lo sostiene la entidad demandada?

Para efectos de resolver los problemas jurídicos anteriores, es menester atender el siguiente marco normativo y jurisprudencial.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial.

a. Del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con lo dispuesto en el 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), cumplen con los siguientes requisitos, tienen derecho a que se les aplique el régimen anterior:

Si son **mujeres**, tener treinta y cinco (35) años o más de edad; si son **hombres**, tener cuarenta (40) años o más de edad, o, tanto para hombres como para mujeres acreditar quince (15) años o más de servicios cotizados.

Así mismo, la norma enseña que el régimen anterior se aplica en cuanto a:

1. Edad para acceder a la pensión de vejez.
2. Tiempo de servicio o número de semanas cotizadas.
3. **Monto** de la pensión de vejez.

En resumen, el servidor público que para el 1º de abril de 1994 hubiese cumplido 35 años o más para mujeres, o cuarenta (40) años o más para hombres, o que cumpliera quince (15) años o más de servicios, tiene derecho a que la liquidación y reconocimiento de su pensión se hagan conforme al régimen pensional anterior al que estaba sometido.

De esta manera, no resultarían aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993, que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, como ya se ha dicho, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (porcentaje y base de la liquidación), sería esta normatividad la aplicable, más aún cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente.

Ahora bien, el Decreto 1158 de 1994, reglamentario del Decreto 691 de 1994 que modificó algunas disposiciones de la Ley 100 de 1993, hizo una nueva relación de los factores que constituyen el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos que fueron incorporados a dicho sistema, así:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados.

b. Del régimen anterior previsto en la ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985⁴ que empezó a regir el 13 de Febrero de 1985, estableció la edad y el tiempo de servicio que debía acreditar el empleado oficial para tener derecho a la pensión de jubilación. Así mismo, contempló un régimen de excepción y otro de transición. Con respecto a los requisitos para acceder a la pensión, en su artículo primero dispuso lo siguiente:

⁴ Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

"ARTICULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya **servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años**, 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 que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio...**"

De la norma transcrita se tiene que para acceder a la pensión de jubilación se debía acreditar:

1. Veinte (20) años continuos o discontinuos de servicio, y
2. Haber llegado a la edad de 55 años.

Además, el monto de la pensión sería por el 75% del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Por su parte, el **REGIMEN DE TRANSICIÓN**, lo contempló el parágrafo 2º de dicha ley, en los siguientes términos:

"Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley **hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio**, continuarán aplicándose las disposiciones sobre **edad** de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En este orden, el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 consistió en mantener el requisito de la edad contemplado en las disposiciones anteriores -50 años-⁵, para aquellos empleados que acreditaran haber cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio para la fecha en que entraron a regir sus normas, esto es, el 13 de Febrero de 1985.

La Ley 62 de 1985, modificatoria parcial de la Ley 33 de 1985, en el artículo 1º dispuso:

⁵ En efecto, la Ley 6ª de 1945 establece para efectos de obtener el derecho a la pensión, acreditar 50 años de edad y 20 de servicio, para hombres y mujeres.

“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 y ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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”_ (se resalta).

La Ley 71 de 1988, norma general en materia pensional, consagró un nuevo alcance jurídico de la reliquidación pensional cuando dispuso:

“Art. 9º. Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos los niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

Parágrafo. La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles.”

En los anteriores términos es procedente entonces practicar la liquidación pensional sobre los salarios del último año de servicio, lo cual se consagra en sentido similar en el artículo 10º del Decreto Reglamentario número 1160 de junio 2 de 1989 y se venía interpretando y aplicando en la ya existente Ley 62 de 1985.

Cabe señalar que la Ley 71 de 1988 en el artículo 11 determina que las leyes citadas, entre las cuales se encuentran las Leyes 33 y 62 de 1985, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y que se aplicarán a favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social del sector público, en todos sus niveles –salvo las correspondientes excepciones-.

c. Tratamiento jurisprudencial en cuanto a los factores de salario a tener en cuenta frente a los beneficiarios del régimen de transición.

Sobre el tema que titula este aparte, la Sala aplicará la decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A de fecha 10 de Febrero de 2011, Consejero Ponente, doctor GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, en la que se precisaron los siguientes aspectos relevantes:

1. Frente a la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁶, se hizo claridad en que *"el mismo desnaturalizaba la esencia y finalidad del régimen de transición previsto en el inciso segundo ibídem, al consagrar una liquidación y cálculo del ingreso base de liquidación por fuera del régimen que ampara en cada caso el régimen de transición. Como criterio de corrección la Sala indicó para cada caso en concreto la aplicación del principio de favorabilidad..."*⁷
2. Cuando la parte interesada, sujeta al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solicite al Juez la aplicación del inciso tercero de la misma norma por resultarle más favorable, no sólo debe solicitar esa aplicación, sino también probar que es más favorable, aportando los certificados de salarios que respalden esa favorabilidad, en aras de que el Juez realice la operación aritmética.

⁶ El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior (se refiere a las beneficiarias al régimen de transición) que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado, anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)"

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A. C.P GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, 10 de Febrero de 2011.

3. Conforme lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que "la liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no impone una regla jurídica homogénea" en la resolución de los problemas jurídicos, "sino que admite tres hipótesis que dependerán básicamente en cada caso del contenido del petitum y del acervo probatorio que lo respalde, pues si bien en la mayoría de casos resulta benéfica la aplicación integral del contenido del régimen de transición --tratándose de regímenes generales la liquidación aritmética ordenada en las Leyes 33 y 62 de 1985-, en otros resulta favorable el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas contenidas en el inciso 3 del artículo 36 ibídem, como en aquellos casos en los que el empleado obtuvo mayores ingresos salariales precisamente en los años que precedieron el último año de servicios, situación que teniendo en cuenta el régimen general anterior referido arrojaría un Ingreso Base de liquidación pensional inferior al que podría obtener el pensionado aplicando el inciso 3 en mención..."

4. Por lo anterior, se deben distinguir 3 hipótesis:
 - a) Liquidación del derecho pensional que opera "de pleno derecho", frente al cual la aplicación integral de la normatividad anterior abarca todos los aspectos que conforman el derecho pensional.

 - b) Por favorabilidad, dos hipótesis: la primera, se aplica el régimen anterior salvo en el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, con la primera regla del inciso 3 ibídem, esto es, con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100, cuando éste fuere inferior a 10 años;

 - c) Aplicación del régimen anterior, estableciendo el ingreso base de liquidación de conformidad con la segunda regla contenida en el inciso 3 en mención, es decir, con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo, cuando el que faltare para acceder a la pensión fuere superior a 10 años..."

De igual manera, la Sala aplicará el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 4 de Agosto de 2010, Exp. No 0112-09, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, sobre los factores de salario a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, concluyendo que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:

*"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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, precisó⁸:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."

(...) 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 de 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.

(...) 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 de, 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,**

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia 9 de Julio de 2009, Ref: Expediente No (0208-2007).

quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salarios, además 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 incluyen los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978..." (Se resalta)

2.3. El caso concreto.

2.3.1 Hechos relevantes probados.

- Está acreditado que el demandante nació el 5 de septiembre de 1945 (folio 24)
- Que estuvo vinculado a la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena desde el 27 de enero de 1971 de forma interrumpida, para un total de tiempo de servicios de 38 años, 8 meses y 16 días (folio 25).
- Mediante Decreto 0581 de 15 de junio de 2010, se aceptó la renuncia del demandante al cargo de Auxiliar Administrativo código 407 grado 013 que ocupaba en la Institución Educativa el Líbano, a partir del 30 de agosto de 2010 (22-23).
- Que durante el último año de servicios, el demandante devengó las siguientes prestaciones: asignación básica, prima técnica, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación de servicio, bonificación de recreación, sueldo de vacaciones, pago proporcional ind. Vacaciones, subsidio de alimentación (folio 27).
- A través de la Resolución No. 22096 de 28 de octubre de 2009, el Instituto de Seguro Social, reconoció pensión de jubilación al demandante, dejando en suspenso su inclusión en nómina hasta que se acreditara el retiro definitivo del servicio (folio 28-30).
- Mediante Resolución No. 00014661 del 12 de octubre de 2010, se ordenó

el ingreso a nómina de la pensión de jubilación reconocida mediante la Resolución No. 22096 de 28 de octubre de 2006 (folio 31-32).

- Mediante escrito radicado el 12 de diciembre de 2011, el demandante solicitó ante el ISS, la reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 31 de agosto de 2010, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio: sueldo, prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicio, prima de servicio, prima técnica y bonificación especial por recreación. Petición respecto de la cual no hubo pronunciamiento por parte de la entidad demandada, configurándose un acto ficto negativo (folio 33-35).

2.3.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y Jurisprudencial.

Aplicando el marco jurídico a los hechos que resultaron probados, se puede concluir que, en efecto, como lo afirma la parte demandante y lo reconoce la entidad accionada en los actos acusados y en su recurso de apelación, el señor GUSTAVO PELAEZ RUIZ es beneficiario de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que para la fecha en que entró a regir esta Ley - 1 de Abril de 1994-, tenía 48 años, 6 meses y 27 días de edad; cumpliendo así con uno de los dos presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo, el cual consistía en tener a dicha fecha 35 años o más.

Precisado lo precedente, se procede a resolver el problema jurídico planteado, para lo cual resulta necesario precisar que en virtud de que el actor es beneficiario del régimen de transición aludido, la Sala habrá de estudiar el caso concreto conforme a esta disposición, atendiendo a lo previsto en la Ley 33 de 1985, pues como quedó visto en el marco jurídico de esta sentencia, el Consejo de Estado ha sostenido que, la liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no impone una regla jurídica homogénea sino que admite varias hipótesis que dependen básicamente en cada caso del contenido del petitum de la demanda y del acervo probatorio que lo respalde.

En el caso concreto, en la demanda el actor deprecia la aplicación integral del contenido del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, específicamente que la liquidación de su pensión esté gobernada por las Leyes 33 y 62 de 1985-, porque considera le resulta más favorable y en esa medida se haga con base en el 75% de la asignación básica incluyendo todos los factores que devengó durante **el último año de servicios**, esto es, del 30 de agosto de 2009 al 30 de agosto de 2010.

En ese orden, respecto de la aplicación integral del régimen de transición, esto es, promediado el ingreso base de liquidación pensional, teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados en el año anterior al retiro, encuentra la Sala que, en la Resolución No. 14661 de 12 de octubre de 2010, a través de la cual el Instituto de Seguros Sociales liquidó la pensión del actor y ordenó su inclusión en nómina, se indicó que en los factores que se tuvieron en cuenta para promediar el Ingreso Base de Liquidación se atendió al promedio de lo devengado **en los 10 últimos años al retiro**, sin indicar de forma expresa cuáles fueron los factores salariales tenidos en cuenta. No obstante, en el recurso de alzada se insiste que no hay lugar a tener en cuenta para efectos de la determinación del IBL factores salariales respecto de los cuales no se realizaron aportes al sistema.

En ese sentido, le asiste razón a la demandante en sus pretensiones conforme a los principios que gobiernan el derecho laboral, entre ellos el de favorabilidad, por cuanto conforme al certificado de los factores percibidos durante el último año de servicios 2009-2010⁹, que logra determinar con total claridad que la actora devengó los siguientes factores: asignación básica, prima técnica, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación de servicio, bonificación de recreación, sueldo de vacaciones, pago proporcional ind. Vacaciones, subsidio de alimentación.

Debe reiterarse que, el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación que viene citada, precisó que para la liquidación del monto de la pensión de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición se aplica de pleno

⁹ FI 27

derecho la Ley 33 de 1985, la cual 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..." 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*". Así mismo, indicó que se debe tener en cuenta que la entidad no puede excusarse para disminuir el monto de la pensión en el hecho de no haber efectuado los descuentos para los aportes correspondientes, porque la obligación de hacer esas deducciones no le corresponde al empleado sino a la entidad que cancela los salarios o las prestaciones sociales, por lo que era el patrono el que debía asegurarse de cotizar por todos y cada uno de los factores devengados por el empleado y que constituyan "salario".

Así las cosas, aplicando el marco normativo expuesto a los supuestos de hecho que han quedado demostrados, no queda duda en cuanto a que al problema jurídico planteado debe ser resuelto de manera positiva, no asistiéndole razón a COLPENSIONES respecto de los argumentos expuestos en el recurso de apelación, por cuanto, si bien es cierto que a la demandante le es aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por favorabilidad y en aplicación de los precedentes jurisprudenciales, la determinación del ingreso base de liquidación debió hacerse con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios y no conforme al promedio de los 10 últimos años.

No obstante, la Sala modificará el ordinal tercero de la sentencia apelada, en la medida en que el A quo ordenó tener en cuenta como factor para la reliquidación pensional, la bonificación de recreación y el artículo 15 del Decreto 40 de 1998, reguló la bonificación por recreación en los siguientes términos:

"Bonificación especial de recreación. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute

del respectivo período vacacional. Igualmente, habrá lugar a esta bonificación cuando las vacaciones se compensen en dinero.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de inicio en el evento que se disfrute del descanso remunerado."

Entonces, el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo que mal haría la Sala en confirmar en su integridad la orden de reliquidación pensional, con la inclusión de dicho factor.

Por otra parte, en aras de garantizar que el restablecimiento del derecho ordenado, se aplique conforme a los principios de legalidad y de prevalencia del derecho sustancial, se precisará que los descuentos que por concepto de aportes deberán efectuarse por la entidad demandada en virtud de la reliquidación que se ordena, recaen solo sobre los nuevos factores que deben ser tenidos en cuenta, devengados durante el último año de servicios.

Es de resaltar, que si bien el *Ad quem*, en principio se encuentra limitado a los puntos objeto de apelación y no le es dable empeorar la situación del apelante único, dicho límite no puede desconocer principios como los de legalidad y equidad, ni lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política, en aplicación del cual, las decisiones judiciales deben estar acorde al ordenamiento jurídico que rige la situación objeto de estudio. Por tanto, en casos como en el presente, en los cuales se advierta que las medidas de restablecimiento del derecho ordenadas en primera instancia no son precisas o no se ajustan a los criterios legales, el superior se encuentra facultado para modificarlas, garantizando con ello que la decisión judicial que está llamada a ser cumplida por las partes, respete el ordenamiento jurídico.¹⁰

¹⁰ Referente al tema, resulta relevante citar que la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de fecha 26 de agosto de 2010, C.P. MARCO ANTONIO VELLILA MORENO, radicación número: 25000-23-24-000-2000-00327-02, señaló: "Ahora, en lo que atañe al principio de la *reformatio in pejus*, la Sala en sentencia de 9 de diciembre de 2004 (Expediente núm. 276, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero) consideró, y ahora se reitera, que si bien es cierto que en virtud de dicho principio no es viable hacer más gravosa la situación del apelante único en segunda instancia, también es cierto que este principio no tiene carácter absoluto, y que, por el contrario, en cada caso deben establecerse qué fundamentos se encuentran en juego, si existe alguna

Por las razones antes expuestas, no estando llamados a prosperar los argumentos planteados en el recurso de apelación, se modificará el ordinal tercero en los términos antes indicado y se confirmará en todo lo demás la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2014, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

2.3.3 Condena en costas en segunda instancia.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, 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 de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.**

En ese sentido, si bien habría lugar a condenar en costas a la demandada por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, la Sala adoptará la decisión de no condenarla al pago de costas y agencias en derecho, por cuanto la finalidad de dicha condena, no es otra que la de retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en el presente caso, en razón a que la parte actora, no compareció ni ejerció acto procesal alguno de defensa en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Cuarto

manera de armonizarlos y, en caso de que no sea posible, cuál de ellos debe prevalecer. Que en el tipo de casos como el estudiado aparentemente se puede presentar un conflicto entre dos principios constitucionales: el principio de la reformatio in pejus y el principio de la legalidad, debiendo prevalecer este último."

Administrativo de Cartagena, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Gustavo Peláez Ruiz contra COLPENSIONES, el cual quedará así:

"TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones", conforme lo dispuesto en el Decreto 2013 de 2012, a reliquidar la pensión del señor Gustavo Peláez Ruiz, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.058.701 de Cartagena, aplicando el 75% del promedio mensual de los salarios devengados por éste en el último año de servicio, incluyendo además de los reconocidos los siguientes factores salariales: asignación básica, prima técnica, subsidio de alimentación y las doceavas partes de la bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, con efectos a partir del 1° de septiembre de 2010, en los términos expuestos en la parte motiva.

Las sumas que resulten de la reliquidación ordenada en la presente providencia, deberán ser indexadas en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, es decir, de acuerdo a los índices de precios al consumidor.

De la liquidación efectuada, deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre lo reconocido y lo reliquidado. Así mismo, COLPENSIONES podrá realizar los descuentos de los aportes no aplicados, correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y que fueron devengados durante el último año de servicios."

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

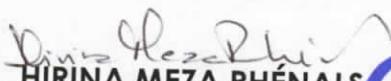
TERCERO: Sin condena en costas.

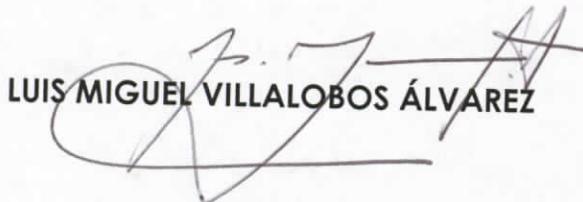
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


HIRINA MEZA RHÉNAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO