

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CHOCÓ

SENTENCIA No. 139

Quibdó, diecisiete (17) de julio de dos mil catorce (2014)

REFERENCIA: EXPEDIENTE NÚMERO: 27001-33-33-001-2013-00326-01
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE: ANTONIA SANTOS HINESTROZA HINESTROZA
DEMANDADO: CAJANAL - UGPP

PONENTE: Dra. NORMA MORENO MOSQUERA

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la Sentencia No. 112 del 13 de noviembre de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, en la audiencia inicial como costa en el acta número 80 de 2013 del 13 de noviembre de 2013.

ANTECEDENTES:

Por intermedio de apoderado judicial la señora ANTONIA SANTOS HINESTROZA HINESTROZA demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho a la entidad CAJA NACIONAL EN LIQUIDACIÓN y la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "U.G.P.P.", solicita se le concedan las siguientes:

PRETENSIONES:

En la demanda se formulan las siguientes pretensiones:

"PRIMERO: Declarar la nulidad parcial del Acto Administrativo proferido por la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E- en liquidación, mediante la Resolución N° AMB 07160 del 27 de febrero de 2008, que reconoce y ordena el pago de la pensión, efectiva a partir desde el momento que acredite el retiro definitivo, la nulidad es en cuanto al monto, de igual forma que se decreta la nulidad total de las resoluciones PAP009011 del 12 de agosto de 2010, por medio del cual se reliquida la pensión pero sin incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y la Resolución N° UGM 016216 del 03 de noviembre de 2011, por medio de la cual se niega la reliquidación de una pensión vejez a la señora Antonia Santos Hinestroza Hinestroza.

Expediente No. 2013-00326
Antonia Santos Hinestroza Hinestroza contra CAJANAL EICE y UGPP
Sentencia N y R. 2ª. Instancia

Como consecuencia de la anterior declaración ordenar a la parte demandada a:

SEGUNDO: Reconocer y pagar la reliquidación de su pensión de jubilación en cuantía del 75% del promedio mensual de TODOS los factores salariales, entre otros de, i) sueldo, ii) bonificación por servicios prestados, iii) bonificación de junio, iv) bonificación diciembre, v) vacaciones y vi) prima de vacaciones devengados en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio, es decir, el comprendido entre el 31 de julio de 2008 al 31 de julio de 2009, efectiva a partir del 01 de septiembre de 2009.

TERCERO: Que sobre la reliquidación de la pensión de mi mandante, se apliquen los reajustes de ley, y se paguen las mesadas atrasadas correspondientes.

CUARTO: Pagar a favor de mí representada, las nuevas sumas y las diferencias de las mesadas pensionales que resulten entre lo reconocido y lo solicitado en la presente demanda.

QUINTO: Indexar los valores adeudados a mi mandante, por concepto de las mesadas adeudadas, conforme lo establece el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: A que dé cumplimiento al fallo dentro del término de treinta (30) días a que se refiere el art. 192 del Ley 1437 de 2011.

SEPTIMO: Pagar las costas del proceso en caso que la entidad no se allane, conforme al artículo al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

OCTOVO: A que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el art. 192 de la Ley 1437 de 2011 C.A. reconozca y pague a favor de mi mandante los intereses comerciales y moratorios conforme al art. 195 Ley 1437 de 2011".

HECHOS y OMISIONES:

Los fundamentos de hecho que sirven de base a las pretensiones, se sintetizan así:

"PRIMERO: La señora Antonia Santos Hinestroza Hinestroza, es beneficiaria del régimen de transición, nació el 10 de abril de 1952 y cumplió 55 años de edad el 10 de abril de 2007, fecha en la cual adquirió su status jurídico.

SEGUNDO: Por medio de la Resolución N°. AMB 07160 del 27 de febrero de 2008, CAJANAL le reconoció y ordenó el pago una pensión de jubilación a la accionante en cuantía \$1.421.470.46, efectiva a partir del 10 de abril de 2007, cuando acreditara el retiro definitivo del servicio en los términos previsto en la Ley.

Expediente No. 2013-00326
 Antonia Santos Hinestroza Hinestroza contra CAJANAL EICE y UGPP
 Sentencia N y R. 2ª. Instancia

TERCERO: Que mediante resolución N° 697 del 05 de agosto de 2009 se retira del servicio del ICBF a la señora Antonia Santos Hinestroza, a partir del 1° de agosto del 2009 por encontrarse en nómina de pensionados.

CUARTO: Que mediante resolución N° PAP009011 del 12 agosto de 2010, se modifica la resolución N° 07160 del 27 de febrero de 2008, en el sentido de reconocer una pensión de vejez conforme a la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003 a la señora Antonia Santos Hinestroza Hinestroza, en cuantía de 1.727.312.44, efectiva a partir del primero de septiembre de 2009, teniendo en cuenta los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicio.

QUINTO: De conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la ley 33 de 1985 aplicable por expresa remisión del art. 36 de la ley 100 de 1993, tiene derecho a que su pensión se le liquide con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

SEXTO: Que mediante derecho de petición recibido el 19 de julio de 2011 se solicita el reajuste y reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Antonia Santos Hinestroza Hinestroza, ante la cual la Caja Nacional en liquidación expide la resolución N° UGM 016216 del 03 de noviembre de 2011, que niega la reliquidación de una pensión de jubilación.

SEPTIMO: La demandada a pesar de haber reliquidado la pensión de la accionante erro en cuento a el valor de la pensión, pues debió haberse liquidado teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicio, estos es i) sueldo, ii) bonificación por servicios prestados, iii) bonificación de junio, iv) bonificación diciembre, v) vacaciones y vi) prima de vacaciones certificado por la Pagadora del Grupo Financiero del I.C.B.F. Regional Chocó".

FUNDAMENTOS DE DERECHO, NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera el apoderado de la parte demandante que la entidad demandada quebrantó las siguientes disposiciones:

Constitución Política: Artículos 1°, 2°, 6°, 13°, 25°, 29°, 48°, 53°, 58°, 121 y 230. Código Civil: Artículo 10° y 28°.

Ley 57 de 1887: Artículo 5°.

Ley 33 de 1985, Artículo 1° y 3°.

Ley 71 de 1988, Artículo 9

Ley 62 de 1985, Artículo 1°.

Ley 100 de 1993, Artículo 36

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

"Cabe advertir que la señora Antonia Santos Hinestroza Hinestroza es beneficiaria del régimen de transición de que trata el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que al momento de entrar en vigencia la mencionada ley (en abril de 1994), contaba con más de 41 años de edad pues nació el 10 de abril de 1952 y contaba con 17 años de servicio pues inicio a laborar el 4 de marzo de 1974.

El mencionado régimen de transición consiste en que sus beneficiarios, conservaran sus derechos consolidados bajo el régimen prestacional que los

cobijaba antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones, para el caso particular de la actora, la Ley 33 de 1985, norma ésta que regulaba lo concerniente al derecho pensional, de todos los servidores públicos. Así las cosas es preciso establecer los parámetros, reglas y procedimientos estatuidos por el legislador, según la Ley 33 de 1985, aplicable a la actora, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, y la jurisprudencia actual, para la liquidación de la pensión reconocida a la accionante

*(..)Ahora bien, en cuanto a la **Reliquidación pensional***

*El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señala que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes **durante el último año de servicio.***

En su artículo 3º señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

"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 artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- Asignación básica
- Gastos de representación
- Prima técnica
- Dominicales y feriados
- Horas extras
- Bonificación por servicios prestados
- 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 liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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

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".

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demandada CAJANAL EICE y la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección

Expediente No. 2013-00326
 Antonia Santos Hinestroza Hinestroza contra CAJANAL EICE y UGPP
 Sentencia N y R. 2ª. Instancia

Social "U.G.P.P." a través de apoderado contestó la demanda a folios 59- 65 del expediente y en la cual expresó:

"... En el caso que nos ocupa, señor Juez la señora Antonia Santos Hinestroza Hinestroza, al encontrarse amparada por el régimen de transición, se pensionó con 20 años de servicios, 55 años de edad y el 75 % como monto de la pensión tal como lo indica la Ley 33 de 1985, pero en las demás condiciones tales como el periodo sobre el cual se liquida la pensión y los factores salariales que deban tomarse en cuenta en la liquidación de la pensión son los indicado en la ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1158 de 1994 artículo 1 (artículo 6 del decreto 691 de 1994), que no contempla los factores salariales de auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios como ítem que integran el salario, es más cualquier descuento para la pensión que se hubiere podido aplicar resultaría ilegal en virtud de las normas citadas. Igualmente se liquida es sobre el promedio de lo cotizado mas no sobre lo devengado por el trabajador, teniendo en cuenta que solo se beneficia de lo aportado o cotizado..."

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, mediante Sentencia No. 112 del 13 de noviembre de 2013, obrante a folios 121 a 137, resolvió declarar la nulidad parcial de la Resolución N° AMB 07160 del 27 de febrero de 2008, en cuanto no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados por la señora ANTONIA SANTOS HINESTROZA HINESTROZA, y la nulidad total de las Resoluciones PAP 009011 del 12 de agosto de 2010, por medio de la cual se reliquida la pensión de vejez, en cuanto no incluyo los factores devengados en el último año de servicio y la resolución UGM 016216 del 03 de noviembre de 2011, en cuanto negó la reliquidación de su pensión de vejez .

Para adoptar la decisión, expresó:

"De la valoración de las pruebas que obran en el expediente, se observa que la señora ANTONIA SANTOS HINESTROZA HINESTROZA es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia de la citada norma, había cumplido más de 35 años de edad, por lo que a su pensión le son aplicables los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto establecido en el régimen que la cobijaba con anterioridad al Sistema General de Pensiones, que para su caso, era el contenido en la Ley 33 de 1985 que exigía acreditar 55 años de edad y 20 años de servicio público, otorgándole un 75% de monto pensional.

En relación con la inclusión de los factores para efectos de establecer el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan, sea decir, los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador en el último año de servicios.

Para este Despacho, cuando la entidad demandada no aplica las normas del régimen pensional al que pertenecía la señora HINESTROZA HINESTROZA, reflejada en la forma de liquidar la pensión de jubilación, y en la no reliquidación de la misma, le desconoció su

Expediente No. 2013-00326
Antonia Santos Hinestroza Hinestroza contra CAJANAL EICE y UGPP
Sentencia N y R. 2ª. Instancia

derecho al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; los artículos 1º y 3º de la Ley 33 de 1985, y el artículo 9º de la Ley 71 de 1988, éste último que autoriza la reliquidación pensional por factores devengados al momento del retiro efectivo del servicio, normas éstas que regulan la situación pensional de la parte demandante.

En efecto, la entidad demandada no aplicó el régimen de transición y las ventajas que de él se derivan, y por el contrario, le aplicó a la parte actora una legislación que le era completamente desfavorable, pues aplicando las disposiciones de la Ley 33 de 1985, ley aplicable a la demandante, la entidad demandada tendría que haberle reconocido una pensión equivalente al 75% del salario devengado durante su último año de servicios, razón por la cual el acto que reconoció la pensión resulta anulable por violación del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y el que negó la reliquidación, por afectación del artículo 9º de la Ley 71 de 1988.”

APELACIÓN DE LA SENTENCIA

Dentro del término legal la parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la sentencia anterior (folios 106 a 116).

Fundamentó y desarrolló el recurso expresando:

“la pensión de la actora le fue reconocida mediante resolución 07160 del 27 de febrero de 2007, con sus efectos fiscales al status, razón por la cual las resoluciones se expidieron con arreglo a la normatividad aplicable al caso, ya que la actora adquirió el status en vigencia de la ley 100 de 1993. En igual sentido la pensión de la actora fue reliquidada mediante resolución PBA 00911 del 12 de agosto de 2010.

Por su parte el comité de CAJANAL ha mantenido la tesis, ante la diversidad de criterios, en relación con el régimen de transición, aplicar la sentencia C_634 de 2011, que estudio la constitucionalidad del artículo 10 de nuevo código contencioso, lo cual permite a la administración optar por la decisión que de mejor manera interprete al imperio de la constitución o de la ley.

Resulta controvertible los argumentos esbozados en el fallo de primera instancia, si se tiene en cuenta que la Ley 100 de 1993 de seguridad social, unificó el sistema general de pensiones. Artículo 151 Ley 100 de 1993 vigencia del sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir de abril de 1994.

Razón por la cual resulta razonable y legal que sobre lo que se aporta es sobre lo que se tiene derecho a reclamar, pues no habría sentido a reclamar sobre lo que no se aportó a la entidad, como al igual no se pueden alegar factores no contemplados en la leyes citadas y decreto 1158 de 1994, que no contempla los factores de prima de navidad, vacaciones, prima de alimentos entre otros que se alegan. Así las cosas se incurre en un error en la interpretación de las normas que regulan las pensiones...”

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Con auto Interlocutorio N° 253 del 14 de febrero de 2014, obrante a folio 186, se admite el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia No. 112 del 13 de noviembre de 2013.

Expediente No. 2013-00326
Antonia Santos Hinestroza Hinestroza contra CAJANAL EICE y UGPP
Sentencia N y R. 2ª. Instancia

Mediante Auto de Sustanciación No. 254 del 21 de abril de 2014, obrante a folio 183 se ordena correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su respectivo concepto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante

“Dentro del expediente se encuentra probado que la señora Antonia Santos Hinestroza Hinestroza, es beneficiaria del régimen de transición, por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que a la entrada en vigencia de la citada ley, contaba con aproximadamente 42 años de edad y más de 15 años de servicios, en razón a que nació el 10 de abril de 1952 y cumplió 55 años de edad el 10 de abril de 2007, fecha en la cual adquirió su status jurídico.

Que el Acto Administrativo demandado, contenido en la Resolución N° UGM 016216 del 03 de noviembre de 2011, no se ajusta a derecho, en la medida que debió reliquidar la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la accionante en el último año laborado, ya que si la entidad hubiere liquidado la pensión en el equivalente al 75% del promedio mensual de TODOS los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2008 al 31 de julio de 2009, el valor arrojado hubiera sido más alto, al de la mesada que se encuentra devengando.

La decisión adoptada por la administración es errada, pues no obstante haber indicado de manera correcta que la accionante tiene derecho a la aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (RESOLUCIÓN AMB 07160 DEL 27 D FEBRERO DE 2008) lo que indicaría que se aplicaría el régimen anterior, es decir la Ley 33 de 1985, pero termina reconociendo en la resolución que modifica (RESOLUCIÓN PAP009011 DEL 12 DE AGOSTO DE 2010) en los términos de la Ley 100 de 1993, sin inclusión de todos los factores salariales (ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIONES POR SERVICIOS PRESTADOS, BONIFICACIÓN DE JUNIO, BONIFICACIÓN DE DICIEMBRE, VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES) devengados por la demandante durante su último año de servicio, pues solo indicó algunos, también ignoró el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que determinó, que el monto de la pensión sería el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para realizar los aportes. En consecuencia cobra gran importancia el contenido del texto normativo descrito en el inciso 2° del artículo de 3 de la Ley 33 de 1985, mediante el cual se precisaron los factores sobre los cuales se deberán hacer aportes para pensión.

Así las cosas considero que las pruebas obrantes en la demanda, son suficiente para demostrar que las pretensiones de mi poderdante están llamadas a prosperar, tal y como se señaló en la sentencia de primera instancia, en virtud de que el acto acusado, contraría el ordenamiento jurídico, en el entendido de que, la entidad accionada no obstante haber modificado la Resolución N°. AMB 07160 del 27 de febrero de 2008, por la que reconoce la pensión de jubilación por vejez, hizo una aplicación e interpretación indebida de la ley al momento de liquidar la pensión tomando para tal efecto el salariales devengados en los últimos 10 años de servicio, pues para tales efectos debió tener en cuenta la totalidad de los factores percibidos en el último año de servicio.”

Parte demandada

“Se debe señalar que la pensión de la señora ANTONIA SANTOS HINESTROZA, fue reconocida en aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que señala que deben respetar la edad, tiempo de servicio y el monto del régimen anterior, en este caso la ley 33 de 1985, pero respecto de la liquidación debe aplicarse los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100, que señalan que este tipo de pensiones deben liquidarse con el tiempo que le hiciera falta o los último 10 años de servicios y las demás condiciones señaladas en la ley 100 de 1993, es decir los factores salariales señalados en el decreto 1158 de 1994, por medio del cual fueron incorporados todos los servidores públicos a la ley 100, y señalaron los factores respecto de los cuales se cotiza.

Así las cosas revisado el expediente de la accionante encontramos que adquirió el estatus jurídico, en vigencia de la Ley 100 de 1993, que desarrolla el artículo 48 de la carta política, y que por lo tanto la ley 100 de 1993, es el régimen aplicable a su pensión, con las excepciones planteadas en la misma en cuanto a las normas de transición y derecho adquiridos de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1994, en cuanto a la edad y semanas cotizadas.”

Ministerio Público

No hay constancia procesal que indique que el Ministerio Público haya emitido concepto en el presente proceso.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Competencia

El Tribunal es competente para desatar la alzada con fundamento en el artículo 133 numeral 1 del Código Contencioso Administrativo, que preceptúa:

“Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda. (...)”

Problema jurídico

Se trata de establecer si la demandante Señora Antonia Santos Hinestroza Hinestroza, tiene derecho a la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación por vejez, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

Conforme a lo planteado, debe resolver la sala, si con base en la normatividad citada como violada, la actora tiene derecho a la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación por vejez, con inclusión de todos los factores de salario por él devengados durante el último año de servicios, o si por el contrario no le asiste razón en su reclamación.

Para el efecto, es preciso resaltar pronunciamiento del Consejo de Estado¹ en torno al tema, a efectos de extraer las conclusiones para resolver el caso concreto.

"(...) De otro lado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 preceptúa:

"Art. 36. 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".

De acuerdo con las anteriores preceptivas las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieron 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión consagrados en el régimen anterior al que se encontraban afiliados al 1 de abril de 1994, fecha de vigencia del Sistema de Pensiones.

La Ley 33 de 1985 reguló el régimen prestacional de todos los empleados oficiales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por mandato del artículo 1º no sólo se equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación en 55 años sino que se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones, con el siguiente tenor literal:

"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 promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...) Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro... "

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Subsección "B. C. P. DRA. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Sentencia del 7 de octubre de 2010.

Ahora bien, en cuanto a la *Reliquidación pensional*

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señala que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En su artículo 3º señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

"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 artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- *Asignación básica*
- *Gastos de representación*
- *Prima técnica*
- *Dominicales y feriados*
- *Horas extras*
- *Bonificación por servicios prestados*
- *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 liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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

Expediente No. 2013-00326
 Antonia Santos Hinestroza Hinestroza contra CAJANAL EICE y UGPP
 Sentencia N y R. 2ª. Instancia

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".

En relación con la inclusión de los factores para efectos de establecer 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. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que:

"(...) los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, es en 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.

No es aplicable al sub lite lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación pues la pensión del demandante fue reconocida con base en lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 que limitó el valor de la pensión al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Aplicar dos normas legales diferentes para efectos del reconocimiento y liquidación de una misma pensión implicaría la violación del principio de "inescindibilidad de la ley" que prohíbe la aplicación parcial de las normas legales. (...)".

En sentencia de unificación el Consejo de Estado no sólo precisó la normatividad aplicable a controversias relacionadas con los factores que deben ser tenidos en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de quienes como el demandante se encuentran dentro del régimen de transición, sino que además resalta la prevalencia de los principios de igualdad, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas cuando de derechos laborales se trate. En tal sentido concluyó:

*"A partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 artículo 36 se les aplica la ley 33 de 1985. En la sentencia analizada se resuelve unificar su jurisprudencia, adoptando la tesis menos restrictiva de los derechos de las personas en régimen de transición; se apoya para ello en los principios de igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas. **Así, considera que la lista de factores salariales del artículo 3º de Ley 33 de 1985 no es taxativa sino meramente enunciativa, de manera que para el cálculo de la pensión de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica dicha ley, deberán tenerse en cuenta todos los factores que materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o de que hubieren sido objeto de cotización.** La sentencia concluyó entonces que **para liquidar las pensiones de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario, inclusive, las primas de servicios, navidad y vacaciones a que alude la presente consulta.** A partir de la unificación de jurisprudencia hecha en la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado ha venido reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3º de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones (...)*

En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a

quienes se les aplique la Ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones. Cabe señalar finalmente, que en la jurisprudencia revisada anteriormente, la aplicación del régimen de transición no depende del tipo o naturaleza jurídica de la entidad de previsión encargada de reconocer el derecho pensional (CAJANAL, ISS u otra cualquiera), sino del hecho de que el interesado reúna las condiciones objetivas establecidas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para acceder al mismo. En ese sentido, con independencia de que en el caso concreto de esta sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 la entidad demandada hubiera sido Cajanal, la regla allí establecida para la jurisdicción contencioso administrativa, debe orientar el reconocimiento de las pensiones de las personas sujetas a la ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993²

En concordancia con la jurisprudencia traída al caso se tiene que la normatividad aplicable a las personas que se encuentran dentro del régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993 en el artículo 36, corresponden a las disposiciones de carácter general, que regían las pensiones ordinarias, antes de la entrada en vigencia de la mencionada norma, esto es, la Ley 33 de 1985.

En tal sentido se tiene que de acuerdo con la Ley 33 de 1985, la base de liquidación de la pensión de jubilación está constituida por la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, los dominicales y feriados, las horas extras, la bonificación por servicios prestados y el trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y demás emolumentos devengados por el trabajador en el último año de servicios si los recibió de forma habitual y periódica, independientemente de la denominación que se les dé, si se tiene en cuenta que el listado de factores salariales consignados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y su modificatoria Ley 62 del mismo año, no es taxativo, sino enunciativo, además se debe propender por aplicar la norma más benigna para el trabajador en salvaguarda de sus derechos laborales y el principio de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Adicionalmente anotó el alto Tribunal, que para efectos de determinar el ingreso base de liquidación no es aplicable el Decreto 1158 de 1994, modificatorio de la Ley 100 de 1993, si se tiene en cuenta que fue el art. 1º de la Ley 33 de 1985 que limitó el valor de la pensión al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”

Caso concreto.

De conformidad con lo anterior, En el caso objeto de estudio, y las pruebas arrumadas en el expediente se evidencia que la señora Antonia Santos Hinestroza Hinestroza es beneficiaria del régimen de transición de que trata el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que al momento de entrar en vigencia la mencionada ley (en abril de 1994), contaba con más de 41 años de edad pues nació el 10 de abril de 1952 y contaba con 17 años de servicio pues inicio a laborar el 4 de marzo de 1974.

Así la cosas resulta claro para la sala que a la demandante no le es aplicable 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, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Willian Zambrano Cetina. Sentencia del 16 de febrero de 2012.

comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación más favorable. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las nuevas normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que reclama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e inócuo el régimen preferencial transitorio.

Se reitera, entonces, que en estos eventos, no es posible que la liquidación del monto de la prestación se haga conforme al nuevo régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993, tal como lo entendió la administración. En efecto, además de que una interpretación en ese sentido conlleva que el régimen de transición se torne inoperante en gran medida, ocurre que en este caso el régimen anterior resulta más favorable que el nuevo (artículo 53 de la Constitución Política), dado que el valor del salario base de liquidación es superior en el primero; todo lo cual impone atenerse a las previsiones de las Leyes 33 y 62 de 1985.

De otro lado, luego de haber establecido que a los empleados públicos que se les reconozca la pensión en los términos de la ley 33 de 1985, tienen derecho a que se les reconozca la pensión con todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro, Por consiguiente la accionante tiene derecho a que su pensión se reliquide por retiro definitivo teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2008 al 31 de julio de 2009 teniendo como factores salariales para liquidar la pensión i) sueldo, ii) bonificación por servicios prestados, iii) bonificación de junio, iv) bonificación diciembre, v) vacaciones y vi) prima de vacaciones, certificados por la tesorera pagadora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Chocó.

Finalmente, para la sala procede la reliquidación pensional reclamada con inclusión de los factores salariales anteriormente enunciados; no obstante, resulta necesario recordar que algunos de estos conceptos se reconocen y pagan anualmente, luego para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de cada uno de ellos. Debe advertirse además, que al efectuarse la reliquidación pensional, deberá ajustarse el valor de la pensión actual, para asegurar la nivelación y actualización de las mesadas que se tengan que pagar hacia el futuro; igualmente se debe descontar las sumas no aportadas.

Costas

En atención a que en la sentencia de primera instancia, se condenó en costas a la parte demandada; y teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, se debe condenar en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación la Sala además de confirmará la sentencia apelada, condenará en costas en segunda instancia a la parte demandada. Para ser tasados por él *a quo*.

Para el efecto y de conformidad con el artículo 365 numerales 1, inciso 1 y el artículo 366 numeral 1, 2, 4 3 del Código General del Proceso, fíjese como agencias en derecho, la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL

Expediente No. 2013-00326
Antonia Santos Hinestroza Hinestroza contra CAJANAL EICE y UGPP
Sentencia N y R. 2ª. Instancia

TRECIENTOS CUARENTA PESOS (\$849.340), equivalentes al cinco por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, ello de conformidad con el Acuerdo N° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En virtud de lo anterior el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No 112 del 13 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, por medio del cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuales serán incluidas en la liquidación realizada por el *a quo*.

TERCERO: Se le reconoce personería para actuar al doctor Leipton Eliecer Lloreda Rivas, como apoderado sustituto de la parte demandante.

CUARTO: En firme la presente decisión devuélvase el expediente al juzgado de origen y cancélese su radicación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sala No. 67 de la fecha.


MIRTHA ABADIA SERMA
Magistrada

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado (Ausente con excusa)


NORMA MORENO MOSQUERA
Magistrada