

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Antioquia
Sala Tercera de Oralidad
Magistrada Ponente: Marta Cecilia Madrid Roldán

Medellín,

Ref: Radicado: 05001-33-33-007 -2013 – 0778 - 01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO DE CARÁCTER LABORAL
Demandante: JUANA MARIA SIERRA MEJÍA
Demandado: UGPP
Instancia: SEGUNDA
Decisión: CONFIRMA Y ADICIONA
Sentencia: N°

Temas desarrollados: Reliquidación de la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición ley 100 de 1993-Guardianes del INPEC

Conoce la Sala de la **APELACIÓN** interpuesta por la apoderada de la demandada **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP** y por el apoderado de la demandante **JUANA MARIA SIERRA MEJIA**, contra el fallo de primera instancia proferido el veintiocho (28) de julio de dos mil quince (2015) por el Juzgado Séptimo (7) Administrativo Oral del Circuito de Medellín, en el Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho donde actúa como demandante, la señora **JUANA MARIA SIERRA MEJÍA**, fallo que concedió las pretensiones de la demanda.

1. PRETENSIONES:

Se plasmaron en el fallo recurrido, así²:

“Solicita la demandante se declare la nulidad total de las Resoluciones RPD-00357 de Enero 8 de 2013, RPD-016808 de Abril 15 de 2013 y RPD-018956 de Abril 25 de 2013 mediante las cuales se negó la reliquidación de la pensión reconocida mediante

² Folio 102 del expediente

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

Resoluciones N° 13916 de Abril 2 de 2009, PAP-020580 de Octubre 21 de 2010 y UGM 029840 de Enero 30 de 2012.

Solicita igualmente, se decrete la nulidad parcial de las Resoluciones N° 13916 de Abril 2 de 2009, PAP-020580 de Octubre 21 de 2010 y UGM 029840 de Enero 30 de 2012.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se ordene a la entidad demandada realizar reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con base en los factores salariales descritos en los hechos de la demanda y teniendo en cuenta el ingreso promedio de cotización IPC del año 2010.

Así mismo, pretende se ordene a la entidad el reconocimiento de una pensión definitiva en cuantía de \$1.764.542,7 de manera retroactiva al 9 de Mayo de 2010 y hasta que se haga efectivo el pago, que se reconozca la indexación de los valores dejados de percibir desde el 9 de Mayo de 2010 y hasta que se realice el pago; el reconocimiento de intereses legales y moratorios causados y se condene en costas y agencias en derecho.”.

2. HECHOS

Fueron resumidos en la sentencia objeto de apelación, en la siguiente forma³:

“Señala que el 2 de abril de 2009, CAJANAL reconoció pensión al señor GUSTAVO ANTONIO LOPEZ MERCADO, mediante Resolución N° 13916 en cuantía de \$890.154,89, teniendo en cuenta tres factores salariales; asignación básica, bonificación por servicios prestados y sobresueldo, liquidada con el salario promedio de lo devengado en los últimos 10 años laborados.

El 9 de mayo de 2010, el señor GUSTAVO ANTONIO LOPEZ MERCADO falleció, momento para el cual prestaba sus servicios en el establecimiento penitenciario y carcelario de Cauca Antioquia.

Mediante Resolución PAP-020580 de Octubre 21 de 2010 CAJANAL sustituyó la pensión en cuantía del 50% en favor de la señora JUANA MARIA SIERRA MEJÍA en su condición de cónyuge sobreviviente, y el restante 50% en favor de las menores YESICA HELENA LOPEZ MANGONES y ESTHER MARIA LOPEZ FERNANDEZ, representadas cada una por su madre.

Mediante Resolución N° UGM 029840 de Enero 30 de 2012, la entidad demandada reliquidó la pensión en favor de las beneficiarias teniendo en cuenta los mismos factores salariales de la pretensión inicial y sobre lo devengado en los 10 último años laborados.

El día 19 de Septiembre de 2012 la actora realizó reclamación administrativa solicitando a la entidad se efectuara reliquidación de la pensión teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año laboral, petición resuelta de manera desfavorable a través de Resolución RDP-0357 de Enero 8 de 2013, confirmada a través de Resoluciones N° RPD-016808 de Abril 15 de 2013 y RPD-018956 de Abril 25 de 2013.

Afirma que el causante de la prestación durante el último año de servicios devengó los siguientes factores salariales: sueldo y sobresueldo, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de servicios, prima de riesgo, prima de alimentación, prima de transporte, prima de navidad, prima de recreación y subsidio familiar.”.

³ Folio 102 frente y vuelto del expediente

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

3. LA PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Séptimo (7) Administrativo Oral del Circuito de Medellín, mediante sentencia proferida el día veintiocho (28) de julio de 2015, dispuso:⁴

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las **Resoluciones N° 13916 de Abril 2 de 2009** (reconocimiento pensional del causante), **PAP 020580 de Octubre 21 de 2010** (reconocimiento pensión de sobrevivientes) y **UGM 029840 de Enero 30 de 2012** (reliquidación pensión postmortem) y la nulidad total de las **Resoluciones N° 357 de Enero 8 de 2013** (negativa reliquidación), **RDP 016808 de Abril 15 de 2013** (resuelve recurso de reposición) **RDP 018956 de Abril 25 de 2013** (resuelve recurso de apelación), por las razones consignadas en la parte motiva.

SEGUNDO: En consecuencia, se **ORDENA** a la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP**, proceda a efectuar nueva liquidación de la pensión de sobrevivientes de la señora **JUANA MARIA SIERRA MEJÍA**, identificada con la cédula N° 34.976.923 y la menor **YESICA HELENA LOPEZ MANGONES** identificada con RC. 27550999 y la joven **ESTHER MARIA LOPEZ FERNANDEZ** identificada con C.C. 27.687.819, teniendo en cuenta lo previsto en la Ley 32 de 1986. El Decreto 407 de 1994, la Ley 4 de 1996 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en aplicación del régimen de transición consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, del cual es beneficiario el causante de la prestación, teniendo en cuenta para ello además de la asignación básica, los demás factores salariales de creación legal o potestad reglamentaria del Presidente de la República **devengados durante el último año de servicio, como son: auxilio o prima de alimentación y transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones prima de riesgo y subsidio de unidad familiar**, tal como se expuso en las consideraciones de esta providencia.

Para dar cumplimiento a la orden anterior y proceder con el pago de las sumas adeudadas en relación con lo que corresponda a **ESTHER MARIA LOPEZ FERNANDEZ**, la entidad deberá tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos de Ley a partir del 6 de Diciembre de 2014, fecha en la que cumplió la mayoría de edad, puesto que en caso de no cumplirse los requisitos para continuar como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes sobre la que versa la presente decisión, dichas sumas acrecerán lo que corresponde a la menor **YESICA HELENA LOPEZ MANGONEZ** y solo habría lugar al reconocimiento arriba ordenado en relación con aquella hasta la fecha en la que adquirió la mayoría de edad o aquella en que dejó de cumplir los requisitos.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda en relación con la inclusión dentro de la reliquidación ordenada de los factores correspondientes a: **sobresueldo, prima de clima, prima de seguridad y la prima de capacitación y bonificación por recreación**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Del monto a reconocer, la entidad demandada **deberá** descontar los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre

⁴ Fallo visible a folios 102 al 109 del proceso

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

los cuales no se efectuó deducción legal, ello en aras del equilibrio financiero del sistema.

Para tal efecto, habrá de descontarse los aportes dejados de efectuar al sistema de seguridad social en pensiones, sobre los factores salariales a incluir en la reliquidación pensional, por el tiempo en que se beneficiará la actora y las litisconsortes de las mesadas pensionales, esto es, desde la adquisición del (sic) fecha de causación del derecho, 9 de Mayo de 2010 (fecha de fallecimiento del actor), hasta la ejecutoria de esta providencia. Así mismo, en relación con los aportes al sistema de seguridad social en salud habrá de realizarse su descuento sobre las diferencias que resultaren de la reliquidación desde la misma fecha.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad con la que cuenta de acuerdo a la normatividad vigente, la entidad para repetir con la entidad empleadora...”.

Como fundamento de la decisión, el Juez de primera instancia expuso⁵:

*“En virtud de lo expuesto y de conformidad con la jurisprudencia citada en aparte anterior, es claro que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por desconocer el régimen aplicable en virtud de la transición consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, puesto que en la liquidación del beneficio pensional al causante de la prestación que luego se transmitió por muerte a su cónyuge e hijas, debió darse aplicación a lo dispuesto en la ley 32 de 1986 y demás normas concordantes como la Ley 4 de 1966 en relación con el monto de la liquidación, así como al principio de favorabilidad, es decir, que la liquidación de la misma debió llevarse a cabo **teniendo en cuenta además de la asignación básica y demás factores salariales de creación legal o potestad reglamentaria del Presidente de la República devengados durante el año anterior al retiro del servicio como son: auxilio o prima de alimentación y transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones** acreditadas como devengadas dentro del plenario y expresamente incluidas en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Adicionalmente deberá incluirse lo devengado por los siguientes conceptos: **subsidio de unidad familiar y prima de riesgo**, conceptos que pueden reputarse como factores salariales pues se cancelan de manera habitual y periódica y tienen relación directa con la prestación del servicio.*

En relación con el sobresueldo, prima de clima, prima de seguridad y la prima de capacitación, se advierte que no es dable ordenar su inclusión puesto que tal como se desprende del certificado de factores devengados durante el último año de servicios, el causante de la prestación no devengó suma alguna por estos conceptos.

*Así mismo, no se ordenará la inclusión de lo devengado por concepto de **bonificación por recreación**, como quiera que dicho emolumento no cumple los requisitos necesarios para considerarse salario*

(...)

Finalmente, es del caso señalar que no es dable acceder a lo peticionado por la actora en el sentido de ordenar que para efectos del reconocimiento se tome como monto de liquidación el 85% de lo devengado, en atención a lo previsto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, puesto que como se advirtió dicha norma no es aplicable al reconocimiento reclamado y adicionalmente, porque en virtud el principio de

⁵ Folio 263 frente y vuelto

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

inescindibilidad normativa no es dable ordenar la aplicación simultánea de dos regímenes normativos al mismo asunto... ”.

4. RAZONES DE LA APELACIÓN

4.1. La apoderada de la entidad **DEMANDADA**, apeló la sentencia de primera instancia⁶, manifestando que se encuentra probado en el proceso que el acto administrativo acusado no tiene vicios que conlleven a su nulidad, ya que fue expedido por autoridad competente, observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria, y que los motivos en que se funda, son normas que componen el ordenamiento jurídico.

Indica que no comparte la tesis que sostiene el *a quo*, al ordenar la inclusión de todos los factores salariales al momento de realizar la liquidación de la pensión, debido a que éste adquirió su status de pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia le es aplicable el régimen general previsto en dicha norma y su decreto reglamentario 1158 de 1994.

Afirma que los factores que ordena el juez de primera instancia tener en cuenta para la reliquidación de la pensión del actor, constituyen factores prestacionales y no salariales, y es por ello que no deben tenerse en cuenta para efectos del cálculo del monto de la mesada pensional; situación que encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1158 de 2004, artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y artículo 1 de la Ley 66 de 1985.

Advierte que aunque es claro que el demandante reunió los requisitos para acceder a la pensión, éste adquirió su status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, en cuya reglamentación se ordenó la inclusión de todos los servidores públicos al nuevo sistema general de seguridad social en pensiones, con algunas excepciones dentro de las cuales no se haya el caso del demandante.

⁶ Obra escrito de apelación entre los folios 114 y 118 del expediente

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

Con base en lo anterior y reiterando que el acto administrativo demandado se encuentra fundado en las normas superiores que consagran los derechos sustanciales pretendidos, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

4.2. El apoderado de la **DEMANDANTE**,⁷ advierte que en la sentencia de primera instancia no se incluyó el sobresueldo como factor salarial no obstante haber sido certificado por el INPEC de manera integral con el salario básico y que hace parte de las prestaciones sociales a que tiene derecho el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso y surtidos los traslados respectivos, conforme al artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante auto fechado el día 19 de febrero de 2016⁸, se le dio traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, término que solo fue aprovechado por la apoderada de la **parte demandada – UGPP**⁹, quien reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación, en cuanto indica que los actos administrativos demandados no contienen vicio alguno que conlleven su nulidad, toda vez que fueron expedidos conforme a derecho y a las normas vigentes al momento de su expedición.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

⁷ Obra escrito de apelación del fallo a folios 119 y 120 del proceso

⁸ Providencia obrante a folio 138 del expediente

⁹ Folio 144 y 145 del proceso

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

El Agente del Ministerio Público adscrito a esta Sala no emitió concepto en este proceso.

Concluido el trámite de segunda instancia, se hace necesario entrar a resolver sobre los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de la entidad demandada y el apoderado de la parte actora, habida cuenta de que no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado en este proceso, y que se encuentran reunidos plenamente los presupuestos procesales que permiten la emisión de la sentencia de fondo.

7. CONSIDERACIONES:

Problema jurídico a resolver

Consiste en decidir sobre la legalidad de las Resoluciones demandadas, por medio de las cuales se les niega a las demandantes la reliquidación de la pensión de sobrevivientes con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Régimen de transición de la Ley 100 de 1993, disposiciones aplicables a los funcionarios del INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-.

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el objetivo de proteger a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del establecimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a reconocer sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

En el artículo 36 la Ley 100 prevé un régimen de transición, el cual preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 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 mas 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 a lo anterior se encuentra que el régimen de transición que dispuso esta norma se entiende como un beneficio a favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, en cuanto a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, el régimen general pensional del sector público estaba consagrado en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1º, inciso segundo, dispuso que la misma no se aplicaría a los empleados oficiales que desarrollan actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, como es el caso de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC.

Al respecto se encuentra que el artículo 168 del Decreto 407 de 1994¹⁰, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que a la fecha de su entrada en vigencia,

¹⁰ Derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

esto es, el 21 de febrero de 1994, se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 32 de 1986, estableciendo los requisitos para acceder a dicha prestación en su artículo 96 en los siguientes términos:

“Artículo 96. Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad.”

Descendiendo al caso concreto, observa la Sala que no existe discusión alguna respecto a que el actor fuera beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que así lo aceptó la entidad demandada y lo verificó el juez de primera instancia, pues se encontró probado que el demandante cumplía perfectamente con los requisitos que disponía la norma para que su pensión de jubilación fuera reconocida según la norma aplicable y vigente anterior a la Ley 100, como efecto se procedió mediante la Resolución N° 13916 del 2 de abril de 2009 (fls. 25).

Ahora bien, en relación con el monto pensional, ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado en señalar que el régimen de transición hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión y de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje¹¹.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 12 de abril de 2011¹², indica que debido a que Ley 32 de 1986 no hace referencia alguna respecto de los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 21 de junio de 2007. C. P: Ana Margarita Olaya Forero. Radicado número 0950 – 06.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 12 de abril de 2011. C.P: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00286-00 (AC)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

jubilación, debe acudir al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el cual señala lo siguiente:

“Art. 45 De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual,*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica.*
- c. Los dominicales y feriados,*
- d. Las horas extras,*
- e. Los auxilios de alimentación y transporte,*
- f. La prima de navidad*
- g. La bonificación por servicios prestados,*
- h. La prima de servicios,*
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio,*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978,*
- k. La prima de vacaciones,*
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio,*
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”*

Dicha Corporación en la sentencia antes citada manifestó expresamente lo siguiente:

“Sobre la liquidación del derecho pensional debe precisar la Sala que acorde con el anterior planteamiento y atendiendo a que el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 no contempló los factores a tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación es procedente, remitirse a los artículos 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, que señalaron la aplicación del régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional.

Por lo anterior, es importante precisar que si bien la norma vigente para los empleados del orden nacional, a que hace referencia el artículo 114 de la Ley 32 de 1986 y 184 del Decreto 407 de 1994, lo era la Ley 33 de 1985, esta norma no aplica a los servidores cobijados por un régimen especial, dada la exclusión expresa en el artículo 1° inciso segundo⁸ y por tanto en cuanto a los factores es necesario acudir al Decreto 1045 de 2010 (sic.)¹³”

Cabe señalar como bien lo indicó el *a quo*, que mediante la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, precisó que la liquidación pensional se debe realizar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto, por cuanto una interpretación taxativa de los mismos vulnera tanto el principio de

¹³ *Ibíd.*

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

progresividad, como el de igualdad, y la primacía de la realidad sobre las formalidades; de dicha providencia se extrae lo siguiente:

“En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

(...)

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.”

(...)

“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.”

Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado en pronunciamientos posteriores, de acuerdo con lo anterior se puede concluir que la pensión de jubilación reconocida a los funcionarios del INPEC bajo el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe liquidarse con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, sin importar si sobre estos factores se han realizado los respectivos aportes, entendiéndose por salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios prestados.

Se debe precisar que si se ha cotizado sobre dichos factores no habrá lugar a ninguna deducción por concepto de los mismos, pero en el efecto de que no se hayan efectuado aportes sobre tales factores, ello no implica que deban excluirse de la liquidación pensional, pues lo que habrá de hacerse es ordenar el descuento a que por dicho concepto haya lugar.

8. CASO CONCRETO

Siendo el pensionado beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el régimen aplicable para efectos de la liquidación de su pensión era el que disponía el Decreto 32 de 1986. Además, de acuerdo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, los factores salariales que se debían tener en cuenta para dicha liquidación eran todos aquellos percibidos durante el último año de servicios, sin importar si sobre ellos se efectuó la deducción para aportes a pensión.

Sin embargo, para la liquidación y reliquidación de la pensión, ordenada a través de las Resoluciones demandadas, la entidad demandada no le tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último de prestación

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

del servicio, pues solo se tomó como base para la última reliquidación la Asignación básica, Bonificación Servicios Prestados y sobresueldo, según la Resolución UGM 029840 del 30 de enero de 2012 (folios 20 a 23 del expediente); situación que conforme a la normatividad antes expuesta y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, constituye un desconocimiento de las normas en que debía fundarse el acto acusado, motivo por el cual el *a-quo* dispuso la reliquidación de la prestación tomando en cuenta la totalidad de factores salariales devengados, a saber: auxilio o prima de alimentación y transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, subsidio de unidad familiar y prima de riesgo.

Se duele el demandado en que para la liquidación de la prestación ordenada por el *a-quo* se incluyeron factores prestacionales y no solamente salariales, por lo que considera que los mismos no debieron tenerse en cuenta en la liquidación de la prestación.

Sobre este particular, pese a que el esfuerzo argumentativo de la parte accionada en ningún momento estuvo encaminado a aclarar y demostrar cuales factores aduce, tienen carácter prestacional y salarial, centrando su postura defensiva en el aspecto relativo a la taxatividad de los factores considerados para el cálculo de la pensión, dada la afectación que ello pudiere ocasionar sobre el erario público, procede la Sala a revisar este aspecto, encontrando sobre el particular lo siguiente:

Según lo ordenado en el fallo inicial, para la reliquidación de la prestación pensional del actor se deben considerar los siguientes: auxilio o prima de alimentación y transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de riesgo y subsidio de unidad familiar.

En los términos del artículo 42 del decreto 1042 de 1978, son factores de salario: a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto. b) Los gastos de representación. c) La prima técnica. d) El

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

auxilio de transporte. e) El auxilio de alimentación. f) La prima de servicio. g) La bonificación por servicios prestados.

A su vez, según lo previsto en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes ‘factores de salario’: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) Las horas extras; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones; l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Se deduce de lo expuesto, que el legislador otorgó carácter salarial para efectos de liquidar las pensiones, tanto al auxilio de alimentación y transporte, como a las primas de servicios, navidad y vacaciones, tal como lo predicara el Consejo de Estado en la precitada sentencia del 4 de agosto de 2010; de ahí que los factores expresamente determinados por el a-quo, era correcto que se considerara, debían formar parte de la base de liquidación de la pensión.

En lo que tiene que ver con el sobresueldo, la Sala advierte que éste fue devengado por el pensionado durante el último año de servicios, tal y como se reconoció en la Resolución que reconoce y ordena el pago de la pensión, visible a folios 25 y siguientes del proceso, por lo que la Sala modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de incluir dicho concepto en la reliquidación de la pensión.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

Consecuentemente con lo dicho, con base en los razonamientos que se dejan consignados, sin más consideraciones sobre el particular, se confirmará la decisión de primera instancia con la modificación aludida, ya que se configura la causal de nulidad determinada por el fallador inicial, y en consecuencia lo procedente era ordenar el correspondiente derecho al restablecimiento, como así lo dispuso.

9. DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción tiene como especial interés el orden jurídico, pues su finalidad es evitar que las relaciones entre los sujetos permanezcan en situación indefinida de conflicto que no permita la indispensable seguridad jurídica.

En materia laboral la prescripción común es de tres (3) años, tanto para el sector oficial como para el sector privado; y, en tratándose de las acciones ordinarias que emanan del derecho del trabajo, éstas prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible.

Laboralmente, la prescripción es una institución jurídica por medio de la cual las acciones laborales pierden su eficacia, debido a su falta de ejercicio en el lapso de tiempo fijado por la ley.

En atención a lo contenido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, la prescripción de las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968, “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.*”, prescriben en tres (3) años. Así lo contempla dicha norma:

“Artículo 102°.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

El artículo 151 del Código Procesal Laboral, consagra la prescripción de las acciones emanadas de las leyes sociales, otorgando un plazo de tres (3) años desde que la obligación se haya hecho exigible, sin embargo, el simple reclamo del trabajador interrumpe dicha prescripción por un lapso de tres (3) años.

Similar disposición normativa encontramos en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagran en su orden, el término de tres (3) años de prescripción de la acción laboral, y, la interrupción de la prescripción con la mera presentación del reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador, pero la última norma referida consagra que la interrupción de la prescripción sólo opera por una sola vez, la cual comienza a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un tiempo igual al señalado para la prescripción. Así lo contemplan las normas antes referidas:

“ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

“ARTICULO 489. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.” (Resalta la Sala)

Pues bien, en este proceso, mediante Resolución No. 13916 del 02 de abril de 2009, se reconoció la pensión de vejez al señor **GUSTAVO ANTONIO LOPEZ MERCADO**, así consta en documento de folios 25 - 28, con Resolución PAP-020580 del 21 de octubre de 2010 se sustituyó la pensión, que fuere reliquidada mediante Resolución UGM 029840 del 30 de enero de 2012 (folios 20 a 23), notificada el 29 de marzo de 2012 (folio 24).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

Mediante solicitud del diecinueve (19) de septiembre de 2012, la parte actora, peticionó a la demandada, la reliquidación de la pensión, con el promedio de todos los factores salariales por el devengados durante el último año de servicios.

Siendo así las cosas, es claro que en este proceso no hay lugar a aplicar la prescripción trienal toda vez que con la presentación de la petición de reliquidación del diecinueve de septiembre de 2012, se suspendió la prescripción por una sola vez.

Lo anterior significa que si la petición es del diecinueve (19) de septiembre de 2012, los tres (3) años anteriores a dicha solicitud comprendería el diecinueve (19) de septiembre de 2009, sin embargo, para dicha época aún no le había sido reconocida la pensión de sobrevivientes a las demandantes, siendo evidente que aún no había transcurrido el término de tres (3) años, cuando presentó solicitud de reliquidación, con lo cual suspendió el término de prescripción.

10. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos 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”* (entiéndase hoy, Código General del Proceso)

Sin embargo, al estar autorizado el juzgador para optar por no condenar en costas en determinadas ocasiones, como lo señalan los numerales 5 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, con motivo de la prosperidad parcial de las pretensiones, o cuando se acredite que se causaron las costas en el proceso y en la medida de su comprobación.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

La Sala considera que en la segunda instancia no se acreditó la causación de gasto alguno para las partes, además que el procedimiento de este tipo de asuntos (nulidad y restablecimiento del derecho – laboral), no exige un mayor grado de controversia como en otros medios de control, téngase en cuenta que a la luz de lo contenido en el inciso final del artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el trámite en este tipo de asuntos, es corto y se puede agotar en la primera etapa del proceso, es decir, en la audiencia inicial.

Nótese que en parte alguna de la actuación adelantada por esta Corporación, a partir de la fecha de admisión del recurso de apelación, se incurrió por las partes en gastos o expensas ocasionados con la actuación procesal, habida consideración que el trámite en la segunda instancia exige la mínima actuación de los apoderados de las partes, concretamente en la fase de las alegaciones de conclusión.

Por ello, considera la Sala que al no comprobarse dentro del proceso que se hubieran causado costas con el trámite de esta instancia, por la naturaleza misma del asunto controvertido, no se efectuará condena en costas.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA TERCERA DE ORALIDAD**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** el fallo proferido el día veintiocho (28) de julio de 2015, por el **JUZGADO SEPTIMO (7) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL
DEMANDANTE: JUANA MARIA SIERRA MEJIA
DEMANDADO: UGPP
RADICADO: 05001-33-33-007-2013-00778-01

SEGUNDO: **SE ADICIONA** el numeral segundo en el sentido de incluir el sobresueldo como factor salarial que deberá tomarse en cuenta al realizarse la respectiva reliquidación.

TERCERO: **NO CONDENAR** en costas en la segunda instancia.

CUARTO: **DEVOLVER** el proceso al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Se estudió y aprobó en Sala de la fecha, según consta en el acta No.

LOS MAGISTRADOS,

MARTHA CECILIA MADRID ROLDÁN

YOLANDA OBANDO MONTES

JAIRO JIMÉNEZ ARISTIZÁBAL