

Cartagena de Indias D.T y C., treinta y uno (31) de mayo dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2015-00458-01
Demandante	HERNANDO SUÁREZ HERRERA
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>RELIQUIDACIÓN PENSIONAL - inclusión de factores salariales</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la UGPP, contra la sentencia del 18 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por HERNANDO SUÁREZ HERRERA, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, HERNANDO SUÁREZ HERRERA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la UGPP, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 2-14 c/no 1

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 35419 del 24 de julio de 2008 (*sic*), por medio de la cual CAJANAL en liquidación, reconoce una pensión mensual de vejez al accionante.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución No. 019683 del 20 de mayo de 2015, mediante la cual CAJANAL niega la reliquidación de la pensión de vejez.

TERCERO: Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a CAJANAL, hoy UGPP, que reliquide la pensión de jubilación del accionante, con fundamento en lo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, en concordancia con lo establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO: Ordenar a la entidad demandada, liquidar y pagar a favor del demandante las mesadas retroactivas causadas y no pagadas.

QUINTO: Las sumas que se ordenen pagar a la accionada, deberán estar actualizadas como lo dispone el art. 187 y 192 del C.C.A.

SEXTO: Condenar en costas y agencias en derecho

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

El demandante expone, que laboró en forma ininterrumpida con el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI, desde el 1 de marzo de 1968, hasta el 30 de junio de 1993, siendo su último cargo el de Oficial de Catastro Clase 4170 de Grado 06, en la Seccional Bolívar.

Que, mediante Resolución No. 35419 del 24 de julio de 2008 (*sic*), CAJANAL en liquidación, reconoció una pensión mensual de vejez al accionante, en cuantía de \$476.939.21, correspondiente al 75% del promedio devengado en su último año de servicio y a partir del 2003.

Afirma, que para efectos de liquidación de su IBL, se tuvo en cuenta lo establecido en el art. 01 del Decreto 2143 de 1995 en concordancia con el art. 36 de la Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, y se determinó el IBL con base en los

factores sobre los cuales el actor cotizó a seguridad social, es decir, bonificación por servicios prestados y asignación básica.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Nacional, art. 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 83
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Ley 100 de 1993, art. 36

2.4.1 Concepto de la violación

Expone el demandante, que los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad toda vez que son contrarios a las normas que regulan el tema de la pensión de vejez.

Sostiene, que los actos administrativos en cita, violan flagrantemente los artículos que consagran los derechos fundamentales del señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA, al no darle aplicación a las sentencias del Consejo de Estado, en la que se consagran cuales son los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos de liquidación del IBL.

Que el procedimiento efectuado por CAJANAL, ocasionó que la primera mesada del demandante fuera inferior al promedio de todos los factores salariales devengados durante el año de servicios que le fue tenido en cuenta para efectos de reconcomiendo pensional.

2.5 Contestación de la UGPP²

Por medio de escrito del 29 de febrero de 2015, el apoderado de entidad accionada, contestó la demanda manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por lo cual solicita que éstas se nieguen.

Afirma, que el demandante adquirió el status pensional el 06 de enero de 2003, bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, pero que, como el actor se encontraba retirado del servicio para esa fecha, la norma en mención se le aplicó respecto a la forma de determinar el IBL, en el Decreto 2143 de 1995, con el promedio de lo devengado en el último año de servicio.

² Folio 46-59

Sostiene, que el acto demandando se encuentra motivado en debida forma, toda vez que con la solicitud de reajuste pensional, el demandante no aportó los certificados que indicaran cuales eran los factores salariales que había recibido, por lo cual se tiene que, con los elementos de pruebas que reposaban en el expediente, no era posible adoptar una decisión diferente.

Argumenta, que la decisión del comité jurídico institucional de la UGPP, para la aplicación de los factores salariales y base de liquidación en beneficio de la Ley 33 de 1985, en virtud de la Ley 100 de 1993, esto es, liquidar las pensiones conforme lo indica el Decreto 2143 de 1995, es decir, con el promedio del último año, pero, teniendo en cuenta los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Explica que uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993, fue buscar la unificación de los diferentes regímenes pensionales que existían con anterioridad a su vigencia, sin embargo, con el objeto de no afectar las situaciones próximas a consolidarse, se estableció un régimen de transición que permitiera la aplicación gradual del nuevo sistema de pensiones. Según la norma invocada, las mujeres que tuviesen 35 años de edad, los hombres que tuviesen 40 años de edad o quienes tuviesen 15 años o más de servicios a la fecha de entrada en vigencia del nuevo Sistema (lo de abril de 1994), se pensionarían con la edad, el tiempo de servicios y el monto señalado en el régimen al cual se encontraban afiliados, cualquiera que fuese este.

Posteriormente, el acto legislativo 01 de 2005 estableció un límite temporal al régimen de transición, indicando que este mantendría su vigencia hasta el 31 de julio de 2010, excepto para las personas que a 25 de julio de 2005, cuenten con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios, a quienes se les haría extensiva su aplicación hasta el año 2014.

Ahora bien, es importante resaltar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha sido examinado por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-410 de 1994, magistrado ponente Cartas Gavina Díaz; C- 168 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz; C- 596 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y en la C-058 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; así como en el Auto del 13 de Septiembre de 2005 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil; y el Auto No. 206 del 3 de octubre de 2005 Magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en los cuales se ha declarado la EXEQUIBILIDAD de los incisos 1, 2 y 3 del artículo, excepto la parte final del inciso tercero que señalaba una diferencia al liquidar a los servidores públicos y tas trabajadores del sector privado, el cual fue declarado inexecutable por considerar la Corte que era irrazonable e injustificadamente

discriminatorio y en consecuencia violatorio del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.N.

Por esta razón, todos los apartes del régimen de transición que han sido declarados ajustados a la Constitución Política, deberían aplicarse en su totalidad, a todos los servidores públicos que cumplan los requisitos exigidos para ello, esto con el fin de cumplir el propósito unificador de las condiciones de reconocimiento, que se pretendieron con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, es preciso reseñar que por varios años las administradoras públicas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (CAJANAL, ISS y CAPRECOM), han venido aplicando en sus decisiones administrativas, el criterio de que el reconocimiento y la liquidación de las pensiones del régimen de transición se realizaba únicamente respetando los beneficios de edad, tiempo y monto (entendido este último como el porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación para determinar el valor de la pensión) del régimen pensional de que era beneficiario el titular del derecho; por lo que la liquidación se realizaba conforme con lo establecido en el inciso 3 del citado artículo 36, es decir, con el tiempo que le hacía falta para cumplir el status pensional o con los últimos 10 años devengados, según fuese el caso, tomando como factores de liquidación, los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta que las cotizaciones al Sistema General de Pensiones se realizaban sobre estos emolumentos por disposición expresa, quedando excluidos de la base de cotización los demás factores que no se encontraban allí contemplados, y por cuanto al servidor público solo es permitido actuar dentro del marco de la Constitución y la Ley.

Solicita, tener en cuenta el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia SU 230 de 2015.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 19 de agosto de 2016, la Juez Décima Segunda Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, dándole la razón a la parte demandante, en aplicación del precedente establecido por el H. Consejo de Estado, en su jurisprudencia.

En ese orden de ideas, la Juez *a quo* dio aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, según la cual, las personas que sean beneficiarias del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993 y de la

³ Folio 84-91

Ley 33 de 1985, se les debe reliquidar la pensión para reconocerles la misma con la inclusión de todos los factores salariales.

Bajo ese entendido, al encontrar que el señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA es acreedor de los derechos de las normas antes mencionadas, y que, durante su último año de servicios devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados, incremento por antigüedad, auxilio alimenticio, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones; tiene derecho a que los mismos le sean tenidos en cuenta para efectos de calcular el IBL.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 6 de septiembre de 2016, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, manifestando que en la actualidad existen diferentes interpretaciones sobre la forma como deben ser liquidadas las pensiones, lo que genera inseguridad jurídica, porque la entidad no puede desconocer ninguno de los fallos generándose un tratamiento diferencial injustificado entre los pensionados.

Los demás argumentos expuestos en el recurso, son iguales a lo manifestado en la contestación de la demanda.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta del 26 de octubre de 2016⁵ se repartió el proceso entre los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar, por lo que, mediante providencia del 5 de mayo de 2017⁶, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con auto del 24 de julio de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: No presentó alegatos

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Esta entidad, presentó su escrito el 8 de marzo de 2017, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y ratificándose en los argumentos del recurso y la contestación de la demanda.

⁴ Folio 94-101

⁵ Folio 3 apelaciones

⁶ Folio 5 apelaciones

⁷ Folio 9 apelaciones

⁸ Folios 15-22 apelaciones

6.3. Concepto del Ministerio Público⁹: Esta entidad presentó concepto favorable a las pretensiones de la parte actora, el 21 de septiembre de 2017, siendo el mismo extemporáneo, teniendo en cuenta que el auto de alegatos se notificó el 25 de julio de 2017, y el plazo dispuesto para ello venció el 24 de agosto de 2017.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.3. Actos administrativos demandados.

- Resolución No. 35419 del 24 de julio de 2008, mediante la cual CAJANAL reconoció una pensión de vejez a favor del señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA.
- Resolución No. 019683 del 20 de mayo de 2015, mediante la cual CAJANAL resolvió negar la solicitud de reliquidación de la pensión del actor.

7.4 Problema jurídico.

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

i) Determinar ¿si la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social -UGPP-, debe reliquidar la pensión de jubilación del demandante, incluyendo en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio?

⁹ Folio 11-14 apelaciones

7.5 Tesis de la Sala

La Sala considera que el demandante sí tiene derecho a la reliquidación deprecada, toda vez que, a pesar de que el reconocimiento de su pensión se dio en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto el actor solo hasta el año 2003 cumplió el requisito de los 55 años de edad, su mesada pensional fue liquidada con base en la Ley 33 de 1985, con el promedio del 75% de lo devengado en el último año de servicios.

En ese sentido, en aplicación del principio de la ultractividad de la ley anterior, se ordena reliquidar con la inclusión de todos los factores salariales, en respeto al precedente vigente del Consejo de Estado en este sistema normativo; y no se le puede aplicar, el Decreto 1158 de 1994, porque el demandante nunca hizo aportes al sistema general de pensiones, en vigencia del mismo.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación; y, para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) marco normativo y jurisprudencial régimen de transición; (ii) el caso concreto y (iii) conclusión.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1. Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual señala que: *“la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley...”*.

Como se desprende de la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994, término de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se

hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

Baste ratificar entonces, que una vez determinada la condición de una persona como beneficiaria del régimen de transición, se impone la aplicación plena de la normativa anterior, en este caso de la Ley 33 de 1985, la cual dispuso en su artículo 1°, que el empleado público tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Señaló, además, en su artículo 3°, los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, así:

“ARTICULO 3o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

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.”

La disposición antes referida fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que respecto a los elementos salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, estableció:

“ARTÍCULO 1. 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.”.

En suma, las disposiciones antes transcritas, indican que quienes accedan a la pensión de jubilación, al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, su liquidación debe realizarse con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3º de la misma ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

7.6.2. Del régimen de transición y el concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales

La Corte Constitucional, con sentencia de unificación SU395/17¹⁰, zanja la discusión con relación al criterio que se aplica el concepto de monto, indicando que el ingreso base de liquidación, no fue sometido al régimen de transición.

*“Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017¹¹, la Sala Plena de esta Corporación reconoció que, inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹². Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3º del mencionado artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión¹³. No obstante, la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, **pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios**¹⁴.*

Ello, pese a que en un principio, como más adelante se verá, los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación, motivo por el cual se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.

¹⁰ Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, 22 de junio de 2017.

¹¹ M.P. José Antonio Cepeda Amaris (E).

¹² Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

¹³ Ídem.

¹⁴ Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

8.9. En este punto, bien vale la pena traer a colación la Sentencia SU-230 de 2015¹⁵, en donde la Corte dejó en claro que hasta ese momento era dable identificar en su jurisprudencia dos acepciones en relación con el monto. Una en el marco de los regímenes especiales y, otra, como beneficio del régimen de transición. De ahí que en la actualidad, se haya indicado que, “en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...).”¹⁶
(...)

8.11. Ahora bien, con ocasión de la expedición de la Sentencia C-258 de 2013¹⁷, este Tribunal se refirió específicamente al alcance y la interpretación del ingreso base de liquidación en relación con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En dicho fallo, la Sala Plena declaró inexecutable la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, y fijó una interpretación clara sobre la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición. En concreto, en la providencia que se cita, se sostuvo:

“La Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.”

(...)

8.17. Vistas así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el petitionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento

¹⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶ Sentencia T-060 de 2016.

¹⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

8.18. A similar conclusión también se arribó en la Sentencia SU-210 de 2017 previamente referida, en el sentido de advertir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, en la medida en que “lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones”.

8.19. Con todo, no sobra agregar que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional¹⁸ (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, si protege una expectativa legítima, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁹. Es por estos motivos que el propio constituyente derivado reformó (Acto Legislativo 01 de 2005) el artículo 48 Superior, debido a que el régimen de transición no es, en sí mismo, indefinido en el tiempo²⁰.”

Se colige de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios, es decir, que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición.

7.6.3 Del régimen contemplado en la Ley 33 de 1985

¹⁸ Consultar, entre otras, las Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013.

¹⁹ En la Sentencia C-754 de 2004, este Tribunal, reiteró la Sentencia C-789 de 2002, y señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse, la consagración de tal tipo de régimen generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, la Corte explicó que ello no implica la imposibilidad del legislador de hacer modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. En igual sentido, consultar la sentencia C-789 de 2002.

²⁰ Mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que “el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.”

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985**, cuyo artículo 1º dispone:

“ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) 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 (...)

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.

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 (50) años 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.

PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley”

El artículo 3º ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

“ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por 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 calcularlos aportes”.

7.6.4 De los factores salariales

En lo atinente a los factores salariales que han de tenerse en cuenta para determinar el monto de la pensión, el Consejo de Estado para proyectar un criterio uniforme, retomó la tesis primigenia según la cual los factores a incluir en la liquidación de la pensión a efecto de determinar el ingreso base de liquidación y posteriormente la cuantía de la misma serían todos aquellos que hayan sido devengados por el empleado durante el último año de servicio anterior al retiro.

La referida Corporación fundamenta este criterio sobre la base de los principios de favorabilidad, progresividad de las pensiones y primacía de la realidad sobre la formas, manifestando que el listado contemplado en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 anteriormente mencionado no es taxativo sino meramente enunciativo, por lo cual se abre la posibilidad de incluir en el monto de la pensión factores salariales diferentes a los allí contemplados, habida cuenta de que no debe entrarse en un retroceso en materia pensional al ir disminuyendo el monto de las pensiones sino por el contrario el monto debe tender al aumento en virtud de que la normativa anterior, esto es, el Decreto 1045 de 1978, tenía un listado enunciativo, más no taxativo. De allí que resulta ilógico tomar el listado de la normatividad posterior (Ley 33 de 1985) como taxativo, cuando la anterior abría la posibilidad de obtener un monto pensional mayor.

Bajo el lineamiento precedente se tendría que garantizar el derecho a la igualdad y evitar que se cause detrimento patrimonial al Estado, por lo cual, en caso de accederse a la inclusión de todos los factores salariales, de las sumas totales a cancelar por tal concepto, se debe ordenar el descuento de los aportes que no se hicieron oportunamente respecto de factores devengados.

En esa medida, esta Sala se ceñirá al precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010, Exp. No 0112-09²¹, 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

²¹ Ver sentencia del Consejo de Estado de calenda cuatro (4) de agosto de 2010 radicación No. 250002325000200607509 01 N.º 0112-2009 con ponencia del Consejero VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDUA.

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, precisó²²:

“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, 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...” (Negritas y subrayas de la Sala)*

Se concluye entonces que solamente deben tenerse en cuenta a efecto de liquidar la pensión de jubilación aquellos factores devengados dentro del año anterior al retiro del servicio, o durante los diez (10) últimos años según el caso, siempre y cuando estos constituyan salario, pues, en los casos en que se haya devengado indemnización por vacaciones o bonificaciones por recreación

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia 9 de Julio de 2009, Ref: Expediente No (0208-2007).

éstas dos quedarán excluidas de la liquidación, por cuanto no son consideradas como salario, criterio que se adoptará para efecto de dirimir el presente asunto.

7.7 Caso concreto

7.7.1 Hechos relevantes probados

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Según Registro Civil de Nacimiento aportado con el expediente administrativo, se advierte que el señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA, nació el 6 de enero de 1948, por lo que cumplió los 55 años de edad, el 6 de enero de 2003²³.
- Que, de acuerdo con el certificado expedido por el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI, se tiene que el señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA estuvo vinculado como servidor público en dicha entidad, desde el 1ro de marzo de 1968, hasta el 30 de junio de 1993²⁴.
- Por medio de **Resolución No. 35419 del 24 de julio de 2006**, expedida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., se le reconoció al demandante una pensión vitalicia de vejez, efectiva a partir del 6 de enero de 2003, en cuantía de CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON VEINTIÚN CENTAVOS (\$476.939.21), equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta que el actor laboró en el IGAC hasta el 30 de junio de 1993. Para ello, se dio aplicación al artículo 36 de la Ley 100/93, y al Decreto 2143/95, incluyendo como base salarial para el IBL, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados²⁵.
- Por medio de Resolución No. RSP 019683 del 20 de mayo de 2015²⁶, la UGPP, resuelve negar la reliquidación pensional solicitada por el actor.
- Según consta en el certificado de sueldos expedido por el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI, el señor SUÁREZ HERRERA devengó, en los años 1968, 1969, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992 y 1993, los siguientes factores salariales: i) asignación básica, ii) incremento por antigüedad, iii)

²³ Folio 5 de la Carpeta CC9064267, CD fl 71 BIS.

²⁴ Folio 26

²⁵ Folio 11-13

²⁶ Folio 15-17

auxilio de alimentos, iv) bonificación por servicios prestados, v) prima de servicio y navidad, vi) prima de vacaciones²⁷.

7.7.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el *sub judice*, se observa que la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL EICE (Liquidada), reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez al señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA, mediante **Resolución No. 35419 del 24 de julio de 2006**, efectiva a partir del 6 de enero de 2003, en cuantía de CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON VEINTIÚN CENTAVOS (\$476.939.21).

Que dicha pensión, fue equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta que el actor laboró en el IGAC hasta el 30 de junio de 1993. Y que, en aplicación del artículo 36 de la Ley 100/93, y del Decreto 2143/95, se tuvieron en cuenta como base salarial para el IBL, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados²⁸.

De acuerdo con lo expresado en la demanda, y en la Resolución No. RSP 019683 del 20 de mayo de 2015²⁹, se tiene que el actor presentó una petición ante la UGPP, el 5 de febrero de 2015, por medio de la cual solicita que se le reliquide su pensión incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En consonancia con lo anterior, la UGPP, profirió la resolución mencionada en la cual considera que el actor no tiene derecho a la reliquidación pedida, puesto que los elementos salariales reclamados por él no se encuentran en armonía con aquellos factores que ha definido el legislador como base de cotización para pensión, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1158 de 1994. Así las cosas, debido a las particularidades del caso del actor, a este solo se le puede aplicar la Ley 33/85, en lo que se refiere a los 20 años de servicios y los 55 años de edad, liquidándose la misma con el 75% del ingreso base de cotización de los aportes efectuados en el último año de servicios, debidamente actualizadas, pero solo con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994.

Sea lo primero en señalar por esta Colegiatura que, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrojado al expediente, el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, para la fecha en que entró a

²⁷ Folio 18-25

²⁸ Folio 11-13

²⁹ Folio 15-17

regir esta ley – 1° de Abril de 1994- tenía más de 46 años de edad y 26 años de servicios; cumpliendo así con los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo; sin embargo, encuentra esta judicatura, que el HERNANDO SUÁREZ HERRERA laboró en el IGAC hasta el **30 de junio de 1993**, es decir, se retiró del servicio antes de que entrara en vigencia la **Ley 100 de 1993** y el **Decreto 1158 de 1994**. Sin embargo, a la hora de liquidar la mesada pensional, la UGPP utilizó, para calcular el ingreso base de liquidación (IBL), únicamente los factores salariales establecidos en el Decreto 1158/94, que establece lo siguiente:

“ARTICULO 1. El artículo 6 del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

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;”

Ahora bien, no tuvo en cuenta la demandada, que el actor nunca cotizó bajo las condiciones del decreto mencionado, sino que, por el contrario, cotizó sobre la base de la regulación anterior, es decir, la Ley 33 y 62 de 1985, según la cual, 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”.

Debe tenerse en cuenta que, en este caso, tal y como lo expresa el acto administrativo demandado, Resolución No. RSP 019683 del 20 de mayo de 2015³⁰, para efectos del reconocimiento de la pensión del HERNANDO SUÁREZ HERRERA, se tuvo en cuenta la Ley 33 de 1985, en la medida en que se acogieron los siguientes elementos: i) la edad de 55 años para pensionarlo, ii) el tiempo de servicio, y iii) se liquidó el IBL con base en el último servicios. En ese sentido, concluye la Sala que, la entidad accionada para liquidar la pensión

³⁰ Folio 15-17

de vejez del demandante, debió tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por éste, durante el periodo por el cual se estableció el IBL, en un promedio del 75%, es decir, desde el **30 de junio de 1992 y el 30 de junio de 1993**, tal y como lo expone la norma en cita, y la Ley 62 de 1985³¹.

En el *sub lite*, no se puede aplicar la Ley 100 de 1993, porque el actor nunca cotizó bajo la vigencia de la misma; ésta norma, entró en vigencia para los empleados públicos del nivel nacional el 1º de abril de 1994, y como ya se había mencionado, el señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA dejó de laborar, y por ende de cotizar, en junio de 1993. En ese sentido, lo que corresponde es aplicar ultractivamente la Ley 33 y 62 de 1985, que eran las vigentes al momento en el que el actor realizó su cotización; lo anterior, siguiendo el precedente del Consejo de Estado, según el cual, todos los factores salariales del último año de servicio constituyen factores para efectos de cotización al sistema de seguridad social en pensiones, y por ello, deben ser tenidos en cuenta para la liquidación del IBL de la mesada pensional, reconociendo previamente la deducción de los aportes no realizados por el actor, tal y como lo hizo la Juez de Primera instancia.

Así las cosas, se encuentra entonces acreditado, con las certificaciones expedidas por el IGAC³², que el actor devengó desde 1992 hasta 1993, los siguientes factores salariales: (i) asignación básica, (ii) auxilio de alimentación, (iii) bonificación por servicios prestados, (iv) prima de servicios, (v) prima de vacaciones, (vi) prima de navidad, (vii) incremento por antigüedad.

Así las cosas, esta Colegiatura considera, que el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios; tiempo este que se tuvo en cuenta para reliquidar su pensión de vejez. En este sentido, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

7.8. Conclusión

En ese sentido, en aplicación del principio de la ultractividad de la ley anterior, se ordena reliquidar con la inclusión de todos los factores salariales, en respeto al precedente vigente del Consejo de Estado en este sistema normativo; y no se le puede aplicar, el Decreto 1158 de 1994, porque el demandante nunca hizo aportes al sistema general de pensiones, en vigencia del mismo.

³¹ Último inciso del artículo 1 de la Ley 62 de 1985: *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 calcularlos aportes*.

³² Folio 20-21

VIII.- COSTAS

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación no condenará en costas debido a que la demandante cuando presentó la demanda, estaba amparada en la tesis que sostenía por la jurisdicción contenciosa administrativa en su momento.

IX.- DECISIÓN

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: CONFIRMAR la Sentencia de fecha 19 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No condenar en costa, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITIR** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 50

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ