



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 02
SENTENCIA No. 136/2018

SIGCMA

Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-003-2015-00296-01
Demandante	YANETH RODRÍGUEZ DÁVILA
Demandado	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP
Tema	Reliquidación Pensión –Régimen de Transición de la ley 33 de 1985- Inclusión de factores salariales devengados. REVOCA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones. Se sintetizan así:

i) Se declare la nulidad del acto negativo ficto o presunto que niega la solicitud de reliquidación o reajuste de la pensión de vejez, ii) Reliquidar la pensión teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación los salarios devengados durante los últimos diez (10) años de servicios y aplicando por favorabilidad el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, incluyendo las sumas que habitual y periódicamente hubiese percibido el trabajador y que tuvieran la naturaleza de salario, iii) Condenar a la parte demandada a que reliquide o reajuste la prestación a partir del 20 de enero de 2014, sobre una tasa de remplazo equivalente al 75% del salario base de liquidación, el cual se obtiene de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1 de la ley 33 de 1985, o si resulta más favorable, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 100 de 1993, normas aplicables en virtud a ser la accionante beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1994, iv) Condenar a la demandada al pago de las diferencias hasta el monto de las mesadas adeudadas correctamente liquidadas que surjan de la liquidación de la pensión, desde que se hizo acreedora a dicha prestación y hasta que se satisfagan las pretensiones de esta acción, v) Condenar a la demandada al pago de los intereses previstos por el artículo 141 de la ley 100 de 1993, vi) Condenar a la indexación de la primera mesada pensional como lo ordena la sentencia SU – 120 de 2003, en atención que la demandante laboró hasta el mes de febrero de 2008 y solo le reconocieron pensión a partir del mes de enero de 2014, vii) Darle cumplimiento a la condena dentro de los términos del artículo 193 del C.P.A.C.A. reconociendo intereses contemplados por dicha normativa acorde con los términos y porcentajes ordenados , viii) Condenar en costas a la



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

demandada sustentando en la mala fe con que ha obrado con respecto a los derechos del defendido.

1.2 Hechos relevantes planteados

- 1.2.1** Prestó sus servicios a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE MOMPOX desde el día 1 de septiembre de 1978 hasta el día 30 de abril de 1991.
- 1.2.2** Prestó sus servicios a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA desde el día 1 de mayo de 1991 hasta el día 8 de febrero de 2008 como auxiliar de enfermería, devengando un último salario básico mensual de \$1.321.087 suma que se constituyó para la liquidación de la pensión, sin incluir todos los factores salariales devengados y tampoco indexados.
- 1.2.3** Aportó durante su vida laboral a CAJANAL.
- 1.2.4** Para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 15 años de servicios prestados, por lo cual hace parte del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.
- 1.2.5** La U.G.P.P. a través de la Resoluciones RDP 016342 de 26 de mayo de 2014 le reconoció pensión de jubilación.
- 1.2.6** La pensión reconocida se liquidó sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales y tampoco se indexó correctamente la primera mesada.
- 1.2.7** Presentó derecho de petición a la entidad demandada el día 16 de julio de 2015, solicitando reliquidación de pensión de vejez incluyendo todos los factores salariales, debidamente indexada.
- 1.2.8** En el momento del reconocimiento de la pensión la demandada reconoce como monto inicial de su mesada pensional para el 2014 la suma de \$990.815 y advierte que el 75% del salario base de liquidación indexado corresponde al valor de \$1.579.424.

1.2 Normas violadas y cargos de nulidad.

Constitución política: artículos 2, 6, 25 y 58.

Ley 100 de 1993, Art. 36

Leyes 33 de 1985, Art. 1



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

Afirmó que la actora es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual se le aplica el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 para liquidar su pensión con un monto del 75%, pero para el ingreso base de liquidación se debe aplicar por favorabilidad -condición más beneficiosa, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, incluyendo los salarios devengados durante los últimos diez (10) años de servicios. En cuanto a los factores de salario a ser incluidos, señaló que son todos los que habitual y periódicamente hubiese recibido la trabajadora, como la 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, como se refiere en el Concepto N° 1393 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 18 de julio de 2005.

Tiene derecho a la indexación de su primera mesada pensional, en aplicación de la sentencia SU -120 de 2003 de la Corte Constitucional, porque trabajó hasta febrero de 2008 y solo se le reconoció la pensión en el mes de enero de 2014. Así mismo, a que se le reconozcan los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

2. Contestación de la demanda¹

La UGPP solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda, aceptando como ciertos los hechos relativos al tiempo de servicios prestado por la actora a favor del Estado, así mismo a que es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y a la fecha, cuantía y que los factores salariales tenidos en cuenta para el reconocimiento de su pensión fueron respecto de los cuales se le hicieron descuentos para pensión, pero oponiéndose a lo correspondiente a la liquidación del IBL incluyendo dentro del mismo la totalidad de factores salariales que componen sus ingresos. Recalcó que, la mesada fue indexada del año 1998 al año 2013, fecha en que adquirió status pensional.

Por último solicita la aplicación de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la manera de liquidar la pensión de los beneficiarios del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir de la Sentencia C-634 de 2011, considerando que, el Ingreso Base de Liquidación se debe liquidar según lo previsto en los artículos 21 y 36 inciso tercero de la Ley 100 de 1993, es decir con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciere falta para adquirir su estatus pensional, y teniendo en cuenta solo los factores salariales que tengan el carácter de remuneratorio y sobre los cuales se hayan realizado aportes, enlistados en el Decreto 1158 de 1994, pues incluir otros factores sería inconstitucional y contrario al principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por último propone las excepciones de inepta demanda por falta de requisitos formales por no presentarse los recursos de ley, prescripción, inexistencia de la

¹ Folios 34-44



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

causa petendi, cobro de lo no debido, buena fe, falta de cotización de factores salariales, inexistencia de la indexación para el caso y la genérica.

3. Sentencia de Primera Instancia².

Mediante sentencia de fecha 11 de septiembre de dos mil diecisiete (2017), la Juez Tercero Administrativa del Circuito de Cartagena, declaró la nulidad de los actos acusados, ordenando: **i)** reliquidar la pensión de vejez de la accionante incluyendo como factores salariales para obtener el monto base de liquidación, "la doceava parte de lo percibido por la citada demandante por concepto, bonificación por servicio, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad y promedio recargo mensual, las cuales fueron computadas al momento de liquidarse el monto de la pensión de la demandante, pero con efectos fiscales a partir del 17 de julio de 2012, por prescripción trienal" **ii)** Reconocer la diferencia de las mesadas pensionales resultante de la reliquidación ordenada de acuerdo con la fórmula del Consejo de Estado, **iii)** Efectuar los descuentos por aportes sobre los factores que no hayan sido objeto de deducción legal, **iv)** condenar en costas.

Fundamentó su decisión en que la actora al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debió obtener la liquidación de la pensión de jubilación aplicando la Ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibió durante el último año de servicios como lo señala el H. Consejo de Estado en la sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2016.

4. Recurso de apelación.

4.1 UGPP³.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en las Sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, que señalaron de manera clara que el IBL no quedó incluido dentro de los beneficios para las personas que pertenecen al régimen de transición como es el caso de la actora, porque éste solo cobijó la edad, monto y semanas cotizadas las cuales continuarán rigiéndose con fundamento en la norma anterior, pero el IBL se liquida conforme el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no aplicando la Ley 33 de 1985 como lo efectuó la primera instancia.

Señaló que la entidad aplica las siguientes reglas de interpretación para liquidar el IBL según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993: **i)** si al 1 de abril de 1994 a la persona le faltan menos de 10 años para cumplir los requisitos para pensionarse, se determina con base en el inciso 3 del artículo 36, **ii)** si al 1 de abril de 1994 les faltan más de 10 años para cumplir esos requisitos, se aplica el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y **iii)** los factores a tener en cuenta son exclusivamente los enlistados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre ellos se hubiesen efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

² Folios 93-102 reverso

³ Folios 105-112



5 Trámite procesal de segunda instancia.⁴

Mediante auto de fecha cuatro (4) de mayo de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5.1 Alegatos de conclusión.

5.1.1 Parte demandada ⁵

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.1.2 Parte demandante

No presentó alegatos de conclusión.

5.1.3 Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA.

Con respecto al trámite de la segunda instancia, se cumplieron las etapas de ley, por lo que se procede a decidir la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

La impugnación se limitará a los argumentos de inconformidad expuestos por el recurrente.

2. Problemas jurídicos

Para formular el problema jurídico a resolver en esta instancia, la Sala debe tener en cuenta los argumentos de impugnación de la entidad accionada

⁴ Folio 126 y reverso

⁵ Folios 129-137



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

que son los que limitan la competencia de este Tribunal, en aras de la prevalencia del principio fundamental de la no reformatio in pejus.

LA UGPP impugnó la sentencia afirmando que se debe revocar la sentencia de primera instancia como quiera que la misma no concuerda con lo establecido en la ley 100 de 1993 y el precedente contenido en las sentencias C-258 de 2003 y la SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, por lo que su pensión debió liquidarse conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por lo precedente, se debe formular el siguiente interrogante:

¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia, porque, la señora YANETH RODRÍGUEZ DÁVILA no tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación en un 75 % de todos los factores devengados durante el último año de servicios?

3. Tesis

La sentencia de primera instancia se debe revocar, porque la actora al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero no alcanzar el status de pensionada con antelación a su vigencia a nivel nacional, solo tiene derecho a beneficiarse de la aplicación de la edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo previstos en la Ley 33 de 1985. Respecto del IBL se aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem, como ella misma lo deprecó en la demanda.

Por lo anterior, los factores de salario a ser incluidos en la liquidación de su pensión de vejez serán solo los que sirvieron de base para efectuar las cotizaciones al sistema general de pensiones en los términos previstos en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales demostró haber cotizado.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:

4.1 Principios.

Se tendrán en cuenta los siguientes principios: **i)** igualdad en la aplicación de la ley, que exige tratar de manera igual situaciones análogas a partir de la Unificación de la jurisprudencia de las altas Cortes; **ii)** seguridad jurídica, **iii)** rigor judicial y coherencia en el sistema jurídico. Con fundamento en ellos, realiza la subsunción del asunto en el precedente contenido en las Sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-631 de 2017, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017; el que a su vez, concuerda en lo fundamental, con la decisión reciente de Unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018. Ambas Corporaciones, recalcaron que, a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación se calcula con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

concordancia con el artículo 21 ibídem y los factores a tener en cuenta son aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema de Pensiones.

4.2 Beneficiarios de la aplicación de la Ley 33 de 1985.

Para quienes consoliden la situación jurídica y adquieran el derecho a gozar de la pensión de jubilación bajo las reglas previstas en la Ley 33 de 1985, la Ley 100 de 1993, en su artículo 11⁶ dispuso que se respetará el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior. Dicha norma fue declarada exequible⁷ por la Corte Constitucional.

Respecto a los factores **salariales** que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la mesada pensional de las personas cobijadas bajo **el régimen de la Ley 33 de 1985**, la Sala acoge como fuente de derecho la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018 que fijó, entre otras reglas, el siguiente criterio de interpretación:

Son todos aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema General de Pensiones en el último año de servicios y no sobre los efectivamente devengados.

Expresamente, el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación lo señaló en los siguientes términos:

*"96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos **sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.***

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho...

*99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la***

⁶ Art. 11: "El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes."

⁷ Declarado exequible mediante sentencia C-168/95 en el aparte demandado: "Para quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos los órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general."



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema".

Esta interpretación concuerda con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, Modificado por la Ley 62 de 1985 el que dispone:

"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."



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

"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."

4.3 Beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de su pensión, se rige por las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo.

La Sala, con relación a las personas que adquirieron el estatus jurídico de pensionados en vigencia de la Ley 100 de 1993, les respetará el tiempo de servicio y monto que estableció el Artículo 1 de la Ley 33 de 1985, pero en cuanto a la liquidación del IBL aplicará la regla y subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales⁸. La misma Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos "[...] a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables".

La regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue la siguiente:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de remplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

La razón jurídica que sustenta la regla de interpretación y aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a los beneficiarios del régimen de transición, es la siguiente:

"[...] 85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir

⁸ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: "[...] sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones [...]".



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. [...] el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.

[...] 91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables. [...]"

La primera **subregla** se refiere al **periodo** para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:

"[...]"

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
-
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.[...]"

La segunda **subregla** es "que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones".

Sobre los factores, el Decreto 1158 de 1994 enlista los siguientes factores a ser tenidos en cuenta:

"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;

4.4 Condición más beneficiosa entre la aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 ibídem.

La Sala también tendrá en cuenta el principio de la condición más beneficiosa en materia laboral, en consideración a que el artículo 36 de la Ley 100, fue declarado exequible⁹ por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-168 de 1995¹⁰, con base en el principio del respeto de los derechos adquiridos y de la condición más beneficiosa en materia laboral.

Sobre el particular, en la referida sentencia, expresó:

⁹ Sentencia C-168 de 1995, Numeral segundo de la parte resolutive: "SEGUNDO: Declarar EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, salvo el aparte final de este último que dice: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos", el cual es INEXEQUIBLE".

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

"[...] Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'.

[...]

De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador. El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador [...]."



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

Conforme lo precedente, si el trabajador acoge la aplicación del artículo 21¹¹ en su inciso final de que se liquide el IBL con fundamento en toda su vida laboral; siempre que hubiese cotizado más de 1250 semanas, debe renunciar al régimen de transición, porque la ley 100 de 1993 se le debe aplicar en toda su integridad, esto es, el régimen ordinario de liquidación de la pensión de jubilación. (Art. 288 Constitucional).

5. El caso concreto.

5.1 Hechos relevantes probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- 5.1.1 La actora nació el día 20 de enero de 1959 según consta en la fotocopia de su cédula de ciudadanía.¹²
- 5.1.2 Laboró en la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE MOMPOX, como auxiliar de enfermería desde el 1 de septiembre de 1978 hasta el 30 de abril de 1991¹³ y en la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA, como auxiliar de enfermería desde el 1 de mayo de 1991 hasta el 8 de febrero de 2008¹⁴.
- 5.1.3 **Adquirió el status de pensionada el día 20 de enero de 2014**, al cumplir los 55 años de edad, según Resolución RDP 016342 del 26 de mayo de 2014 por medio de la cual CAJANAL le reconoció la pensión de vejez. (Fl. 10-13).
- 5.1.4 Mediante Resolución **RDP 016342 de fecha 26 de mayo de 2014**, se le reconoció pensión de vejez con fundamento en la Ley 33 de 1985; al cumplir (55) años y teniendo en cuenta 10,598 días laborados (1514 semanas), con un monto del 75% sobre el ingreso base de liquidación previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de remplazo del 75% sobre el ingreso (IBL) conformado por el promedio de salarios sobre los cuales cotizó entre el **9 de febrero de 1998 y el 8 de febrero de 2008 (10 años)**,

¹¹ El Artículo 21 de la Ley 100 de 1993 a la letra reza:

"Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado **durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión**, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo".

¹² CD expediente administrativo obrante folio 44

¹³ Folio 10 expediente

¹⁴ Certificado de la Gobernación de Bolívar a folios (14- 17)



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

conforme al inciso 3 o 6 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. La pensión se reconoció a partir del 20 de enero de 2014 (status) pero con efectos fiscales a partir de la demostración del retiro del servicio. Como factores sólo se incluyó la ASIGNACIÓN BÁSICA¹⁵.

5.1.5 En sede gubernativa, elevó petición recibida el 17 de julio de 2015 ante la UGPP (18-20), en la que solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta todos los factores devengados porque dicha entidad solo tuvo en cuenta la ASIGNACIÓN BÁSICA, dejando excluidos auxilio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad, promedio recargo mensual, horas extras, quinquenios.

5.1.6 La accionante devengó los siguientes emolumentos como se relacionan a continuación: desde junio de 1992 a 30 de junio de 1993¹⁶:

- SUELDO
- SUBSIDIO DE TRANSPORTE
- PRIMA DE ALIMENTACIÓN
- BONIFICACIÓN POR SERVICIOS
- BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD
- PRIMA DE VACACIONES
- PRIMA DE NAVIDAD
- PRIMA SEMESTRAL
- PROMEDIO RECARGO MENSUAL

5.1.7 La accionante devengó los siguientes emolumentos desde enero de 1997 a febrero de 2008, asignación básica mensual y factores salariales pagados y acorde con el Decreto 1158 de 1994 y certificado en el formato No. 3 B cotizó a seguridad social en pensiones:

- ASIGNACIÓN BÁSICA
- OTROS FACTORES SALARIALES PAGADOS EN EL MES CERTIFICADOS DECRETO 1158, sin especificar su denominación.¹⁷

5.2. Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

El caso objeto de análisis hace referencia a la reclamación que efectuó la actora a la entidad accionada para obtener la reliquidación de su pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición, con un monto en el que se tome como promedio lo dispuesto en las reglas sobre el ingreso base de liquidación (IBL) teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad (55) años y tasa de remplazo (75%) pero aplicando por favorabilidad el artículo

¹⁵ FI 10-13

¹⁶ Certificado de ingresos de la Gobernación de Bolívar folio 14-17

¹⁷ CD Expediente Administrativo 0401 Certificado de factores salariales folio 44



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

21 de la Ley 100 de 1993, de tal manera que se apliquen para el ingreso base de liquidación todos los factores devengados en los últimos diez (10) años de servicios conforme lo prevé el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; cuya norma solicita le sea aplicada por favorabilidad conforme la condición más beneficiosa. Hace la interpretación de que, los factores de salario son todos aquellos que habitual y periódicamente recibe el trabajador por sus servicios independientemente de su denominación y que, en el caso concreto, la entidad accionada sólo tuvo en cuenta al liquidar su pensión la ASIGNACIÓN BÁSICA por lo que solicita sean incluidos todos los demás que devengó durante esos últimos diez años de servicios.

No obstante lo precedente la juez de primera instancia en su sentencia, no tuvo en cuenta esa pretensión y decidió ordenar la reliquidación de la pensión de la actora con todos los factores de salario devengados en el último año de servicios, aplicando la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 y la UGPP la impugnó para que este Tribunal la revoque.

Conforme este panorama, la Sala determinará si le asiste razón a la entidad accionada que apeló la anterior decisión, aduciendo que la actora, al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos los factores devengados. Así mismo, revisará, si en efecto, como lo aduce la parte demandante, resulta procedente aplicar la condición más beneficiosa a su caso como lo depreca aplicando el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 o lo que se evidencia es una indebida interpretación de su parte.

Para el efecto, lo primero que debe precisar la Sala es que, en efecto, la parte demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre lo cual no existió controversia durante el trámite de las instancias, lo que significa que para el reconocimiento de su pensión, se aplican las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo¹⁸, según la sentencia de Unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de fecha 28 de Agosto de 2018 que concuerda, en lo relevante, con el criterio jurisprudencial de la H. Corte Constitucional citada en el marco de esta providencia.

En el caso concreto, se tiene que el estatus jurídico de pensionada de la actora, lo adquirió el **día 20 de enero de 2014** según se consignó en las Resoluciones **RDP 016342** del 26 de mayo de 2014¹⁹, esto es en vigencia de la Ley 100 de 1993. De tal manera que al entrar en vigencia a nivel nacional -30 de abril de 1994 le faltaba más de diez años para cumplir los 55 años.

Por lo anterior, la Sala concluye que la actora, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales como lo depreca en su demanda, porque al ser beneficiaria del régimen de transición y haber adquirido el estatus pensional en vigencia de la

¹⁸ La entidad demandada así lo indicó en los actos de reconocimiento de la pensión y las partes lo aceptaron al definir la litis. No fue objeto de controversia en el asunto.

¹⁹ FI 10 -13



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

Ley 100 de 1993, tan solo se le debe respetar la Ley 33 de 1985, respecto de la edad (55 años), el monto o la tasa de remplazo (75%) y el tiempo de servicios (20 años) o número de semanas cotizadas.

Sobre el ingreso base de liquidación o IBL, se aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem, como la misma actora lo deprecó en su demanda, esto es: *"Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.[...]"*

Por ello, en este punto le asiste razón a la misma parte actora en las pretensiones de su demanda y no a la A-quo que se las modificó sin razón alguna ordenando la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta el último año y no los diez (10) últimos años que ella misma solicitó por resultarle más favorable.

La Sala debe precisar con relación a los factores salariales que reclama la actora y que, realmente con los que son motivo de controversia, que los mismos no son los devengados por el trabajador sino los realmente cotizados al sistema general de pensiones y que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, como lo señalan las sentencias de la H. Corte Constitucional de tiempo atrás y lo unificó la Jurisprudencia del Consejo de Estado, citadas en el marco jurídico de esta decisión.

Por último debe la Sala señalar que, la entidad accionada en los actos acusados incluyó el factor de ASIGNACIÓN BÁSICA, el cual por estar enlistado en el mencionado decreto si hace parte de las sumas a ser tenidas en cuenta para liquidar su pensión, sin embargo en la columna devengados Decreto 1158 de los certificados allegados al expediente, no se distingue la denominación de los factores salariales sobre los cuales se efectuaron los aportes correspondientes.

Por lo precedente, la sentencia de primera instancia habrá de ser revocada para en su lugar declarar que frente a los actos acusados no se desvirtuó la presunción de legalidad.

5.3 Condena en costas en segunda instancia.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios



Radicado: 13001-33-33-003-2015-00296-00

de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

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: REVOCAR la sentencia de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena y en su lugar **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Ausente con Permiso
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-003-2015-00296-01
Demandante	YANETH RODRÍGUEZ DÁVILA
Demandado	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
Tema	Reliquidación Pensión - Régimen de Transición de la ley 33 de 1985- Empleado del orden Nacional- Inclusión de factores salariales devengados. REVOCA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE