



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

Cartagena de Indias D T C, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2015-000161-01
Demandante	ELOISA LORDUIY BARRIOS
Demandado	UGPP
Tema	Reliquidación Pensión –Régimen de Transición – Inclusión de factores salariales devengados durante el último año de servicios. REVOCA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala de Decisión Fija N° 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones.

En síntesis solicita que se declare la nulidad de la Resolución RDP 022341 del 18 de julio de 2014, RDP 026555 del 29 de agosto de 2014 y la RDP 030094 del 30 de septiembre de 2014 y en consecuencia se ordene la reliquidación de su pensión de vejez a partir de febrero 2 de 2002 teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados desde el 21 de diciembre de 2000 y hasta el 28 de febrero de 2001 e incrementándole el valor de la mesada pensional a partir del 1 de marzo de 2002 en la forma como lo señala el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 vigente a la fecha de retiro del servicio.

Ordenar a la entidad demandada i) cancelar el retroactivo pensional que se causa a partir del 1 de marzo de 2000 y hasta cuando se verifique la inclusión en nómina más las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, ii) se condene al pago de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, iii) condene en costas a la demandada, iv) reajustar las condenas con base en el IPC conforme al CPACA y v) que la sentencia se cumpla de acuerdo al artículo 192 ibídem.

1.2 Hechos

- 1.2.1 Prestó sus servicios a la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA desde el 1 de febrero de 1975 hasta el 28 de febrero de 2001 en el cargo de Auxiliar de Enfermería.
- 1.2.2 Se le reconoció pensión, mediante Resolución 009157 de 23 de mayo de 2000, efectiva a partir del 1 de abril de 2000 teniendo en cuenta el tiempo de servicio hasta el 30 de marzo de 2000, contra la cual



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

interpuso recurso de reposición desatado mediante Resolución 028695 del 30 de noviembre de 2002 en la que se revocó la anterior y se reconoció pensión en suma mayor.

- 1.2.3 Continúo prestando servicios hasta el 28 de febrero de 2001, por lo que CAJANAL le reliquidó la pensión mediante Resolución 24766 del 2 de septiembre de 2002 efectiva a partir del 1 de marzo de 2001 en la que le tuvieron en cuenta los siguientes factores para su liquidación: i) asignación básica, ii) horas extras y iii) la bonificación por servicios del tiempo comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 28 de febrero de 2001.
- 1.2.4 Que entre el 21 de diciembre de 2000 y el 28 de febrero de 2001 (fechas, la primera en la que se le notificó la resolución que le reconoció la pensión de vejez y la segunda, la que se desvinculó del servicio activo) devengó los siguientes conceptos y valores: asignación básica, auxilio de transporte, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, promedio de recargos.
- 1.2.5 Es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 porque nació el 7 de mayo de 1950.
- 1.2.6 El 6 de mayo de 2014 solicitó la reliquidación de la mesada pensional la cual se resolvió mediante Resolución RDP 02 2341 del 18 de julio de 2014 en forma negativa, contra la cual interpuso recurso de reposición y apelación que se le resolvieron mediante los actos acusados.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Ley 100 de 1993, art. 36, 150 y 141
Decreto 1158 de 1994

Precisó que se vulneraron las normas acusadas, porque a la demandante se le debe liquidar la pensión de vejez conforme el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, que era el vigente al momento del retiro del servicio, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la pensión, dado que a la misma se le liquidó mediante la Resolución 28695 del 30 de noviembre de 2000, pero la demandante continuó prestando sus servicios hasta el 28 de febrero de 2001, luego se le debe reliquidar la pensión con los nuevos factores devengados en el último año de servicios.

2. Contestación de la demanda¹

La UGPP solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda, aceptando que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto a que se le reconozca la pensión con la edad y el monto previsto en la legislación anterior.

Refirió que respecto a la interpretación del IBL, el juez debe aplicar la línea jurisprudencial de la H. Corte Constitucional contenida en las sentencias C-

¹ Folios 75-87



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

258-2013, razón por la cual los actos acusados se ajustan a la legalidad pues se liquidó la pensión con fundamento en los factores devengados por la actora y que están enlistados en el Decreto 158 de 1994.

Así mismo, resaltó que el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 cuya aplicación deprecia el actor no contiene una forma de liquidación, pues únicamente indica que una vez retirado el servidor público podrá pedir la inclusión de los nuevos tiempos de servicios para que sea reliquidada su mesada pensional con los mismos, que fue lo que ocurrió en el caso concreto, pues a la actora se le reliquidó su pensión teniendo en cuenta los salarios y factores devengados y cotizados entre el 1 de abril del 2000 y el 28 de febrero del 2001.

Como excepciones planteó las que denominó: prescripción de la acción, inexistencia de la causa petendi, y cobro de lo no debido, falta del derecho para pedir, 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 25 de mayo de 2016, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró la nulidad de los actos acusados, dando aplicación al criterio jurisprudencial sostenido por el H. Consejo de Estado en sentencias de Unificación del 25 de febrero de 2016 y Agosto de 2010, concluyendo que los actos acusados se expidieron con infracción de la ley, pues a la actora le asistía el derecho a que su pensión se le liquidara con el 75% del promedio devengado en el último año de servicios y con la inclusión de todos los factores devengados en ese periodo por aplicación de la Ley 33 de 1985, para lo cual ordenó: i) reliquidar la pensión incluyendo el salario básico, auxilio de transporte, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones y prima de navidad, ii) pagar las diferencias que resulten de la nueva liquidación y las sumas pagadas por pensión de jubilación, con los reajustes previstos en el artículo 187 del CPACA, iii) ajustar los valores desde el 6 de mayo de 2011. Negó las demás pretensiones de la demanda.

4. Recurso de apelación³.

La entidad accionada -UGPP, solicitó revocar la sentencia de primera instancia argumentando que como se fijó en la audiencia inicial, el problema jurídico se contraía a la aplicación del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, porque el actor no pidió la aplicación de la Ley 33 de 1985. Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda en cuanto a la interpretación del artículo 150 de la Ley 100 de 1993. Agregó que, si se llegare a estudiar la reliquidación de la pensión aplicando la Ley 33 de 1985 la misma no tiene vocación de prosperidad conforme la línea jurisprudencial de la H. Corte Constitucional en las Sentencias C-258 de 2013 y SU -230 de 2015.

² Folios 124-133

³ Folio 135-139





RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

5. Trámite procesal de segunda instancia.⁴

Mediante auto de fecha veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte accionada y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Parte demandante⁵.

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia y se aplique al caso de la actora las Leyes 33 y 62 de 1985, así como el Decreto 1045 de 1978 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque al reliquidarle la pensión de jubilación no le incluyó todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

6.2 Parte demandada ⁶

Reiteró los argumentos expuestos en la apelación.

6.3 Ministerio Público⁷.

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia argumentando que debe aplicarse la sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado, por ser la vigente en cuanto a la correcta interpretación del monto de la pensión que se debe reconocer a los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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 y en segunda instancia se evidencia que se han cumplido con rigor las etapas dispuestas en la ley para proferir decisión de fondo.

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

⁴ Folio 154

⁵ 157-160

⁶ Folios 161-166

⁷ Fl. 167-171



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

el recurrente.

2. Problema jurídico

Para formular el problema jurídico a resolver en esta instancia, la Sala debe tener en cuenta los argumentos de impugnación de la entidad accionada que son los que limitan la competencia de este Tribunal, en aras de la prevalencia del principio fundamental de la no reformatio in peius.

La UGPP impugnó la sentencia afirmando que se debe revocar porque el juez de primera instancia no tuvo en cuenta para resolver la controversia el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 que fue la norma invocada por la parte actora para alegar la ilegalidad de los actos acusados y que la demandante no tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con todos los factores devengados durante el último año de servicios.

Por lo precedente, se debe formular el siguiente interrogante:

¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia, porque, conforme al artículo 150 de la Ley 100 de 1993, la señora ELOISA LORDUY BARRIOS no tiene derecho a ser beneficiaria a que el IBL de su pensión de vejez se reliquide con todos los factores devengados en el último año de servicios como lo ordenó el juez de primera instancia?

Para resolver estos interrogantes, se estudiarán los siguientes temas: i) interpretación del artículo 150 de la Ley 100 de 1993 de cara al Régimen de Transición previsto en el artículo 36 ibídem iii) factores de salario que se aplican para los beneficiarios del régimen de transición.

3. Tesis

La sentencia de primera instancia se debe revocar, porque la Sala evidencia que el A-quo, al resolver el caso concreto, no analizó el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 que fue la norma que la parte actora solicitó se le aplicara tanto en sede administrativa como judicial, para la reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación del acto administrativo que le reconoció la pensión y la fecha de su retiro efectivo del servicio.

En ese orden y como sus pretensiones estuvieron enderezadas a que se diera aplicación integral a la Ley 100 de 1993, específicamente a los artículos 36, 141 y 150 ibídem, se concluye que los actos acusados se ajustan a esas mismas normas, porque los factores salariales llamados a integrar el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas por transición son los estipulados en el Decreto 1158 de 1994, bien sea que se trate de las reglas específicas que sobre el IBL contempla el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o de la regla general que establece su artículo 21, toda vez que la aplicación del régimen pensional anterior se encuentra referido solamente a la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y tasa de reemplazo, mientras que las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión, están sometidas a las



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, tal como lo dispone el inciso 3º del pluricitado artículo 36.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

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 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 11⁸ dispuso que se respetará el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior. Dicha norma fue declarada exequible⁹ 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.

⁸ 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."

⁹ 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."



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 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



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

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 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."

"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 iguales¹⁰. 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".

¹⁰ 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: 13001-33-33-008-2015-000161-01

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 reemplazo 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 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:

"[...]"



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

- 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 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;

1.1 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



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

declarado exequible¹¹ por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-168 de 1995¹², 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:

"[...] 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.

¹¹ 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".

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

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 prohibir la que resulte más favorable al trabajador [...]"

Conforme lo precedente, si el trabajador acoge la aplicación del artículo 21¹³ 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 señora ELOISA LORDUY BARRIOS nació el 25 de febrero de 1948 según obra en la parte motiva de la Resolución 2869 del 30 de Noviembre de 2000 de tal manera que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más de 35 años de edad.
- 5.1.2 La señora ELOISA LORDUY BARRIOS prestó sus servicios para la ESE HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA desde el 1 de febrero de 1975 y el 28 de febrero de 2001, como Auxiliar de Enfermería.¹⁴
- 5.1.3 Adquirió el status pensional el 30 de enero de 1995, al cumplir 20 años de servicios según se consagró en la Resolución 09157 del 23 de mayo de 2000.

¹³ 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".

¹⁴58



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

- 5.1.4 Mediante Resolución 028695 del 30 de noviembre de 2000 se le reconoció pensión de jubilación por haber laborado desde el 1 de febrero de 1975 hasta el 30 de marzo de 2000. Señalando que, el status de pensionada lo adquirió el 30 de enero de 1995 al cumplir los 55 años de edad y con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 6 años conforme lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, entre el 1 de abril de 1994 al 30 de marzo de 2000, incluyendo los siguientes factores: asignación básica, horas extras y bonificación por servicios prestados.¹⁵ Para la liquidación de su pensión aplicaron la Ley 33 de 1985,
- 5.1.5 Mediante Resolución 24766 del 2 de septiembre de 2002 UGPP le reliquidó la pensión por nuevos tiempos servidos efectiva a partir del 1 de marzo de 2001, liquidándola con el 75% del promedio devengado entre el 1 de abril de 1994 al 28 de febrero de 2001 incluyendo los factores de asignación básica, horas extras y bonificación por servicios prestados.¹⁶
- 5.1.6 El día seis (6) de mayo de 2014, la parte actora solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con fundamento en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, para que se tuviera en cuenta lo devengado entre el 21 de diciembre de 2000 (día siguiente a la notificación de la resolución N 028695 de noviembre 30 de 2000) y el 28 de febrero de 2001) fecha en que fue desvinculada como trabajadora activa).¹⁷

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

Partiendo de que la actora es beneficiaria del Régimen de Transición sobre lo cual no hay discusión y analizados los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial de esta providencia, la Sala llega a la conclusión que la sentencia de primera instancia se debe revocar como lo solicitó la entidad accionada, porque el A quo concedió pretensiones a la parte actora que no solicitó en sede administrativa y tampoco en sede judicial.

En efecto, sus pretensiones estuvieron enderezadas a que se diera aplicación integral a la Ley 100 de 1993, específicamente a los artículos 36 (régimen de transición), 141 (intereses de mora) y 150 (reliquidación de IBL con nuevos factores de salario después de adquisición de status), por ello no era dable que el juez le concediera reliquidar su pensión de jubilación con fundamento en la ley 33 de 1985 y con una tasa de remplazo del 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios.

Si lo pretendido por la actora era obtener la nulidad de los actos acusados por indebida liquidación del IBL en la pensión de vejez, ha debido señalar las normas presuntamente vulneradas por la UGPP frente a su caso concreto, precisando cuál es el régimen especial al que pertenece y probar que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel territorial, esto es, a más

¹⁵ FI 23-29

¹⁶ FI 30-35

¹⁷ FI 36-40





RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

tardar 30 de junio de 1995, había cumplido la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez con la norma anterior que regía con antelación al régimen general de pensiones y que por ser más favorable se le debe aplicar a su caso concreto. Estas pretensiones, se repite, no fueron objeto de agotamiento de la vía gubernativa ni de demandante ante esta jurisdicción.

La Sala debe resaltar que el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 señala:

LA PENSIÓN PARA FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS:

“Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, **incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.**”

PARÁGRAFO. No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por su parte se refiere al reconocimiento de intereses así:

“ARTICULO. 141. -Intereses de mora. A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

En el caso concreto, la actora, en la pretensión número 2 de la demanda, señaló: “Que como consecuencia de dicha DECLARACIÓN DE NULIDAD se ordene el RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ordenando la RELIQUIDACIÓN O AJUSTE de la PENSION DE VEJEZ de mi mandante, a partir de Febrero 02 de 2002, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados desde Diciembre 21 de 2000 (Día siguiente al de la notificación Resolución N°. 02 8695 de Noviembre 30 de 2000, mediante la cual le reconocieron la pensión) y hasta el 28 de Febrero de 2001 (Ultimo día en que mi patrocinada prestó sus servicios), incrementándole el valor de la mesada pensional Marzo 01 de 2002, en la forma como lo señala el Artículo 150 de la Ley 100 de 1993 vigente a la fecha en que la separan definitivamente del servicio)”

En la **Resolución N° 24766 del 2 de septiembre de 2002**, UGPP le reliquidó la pensión tomando como base el 75% de todo lo devengado sobre el salario promedio recibido entre el **1 de abril de 1994 hasta el 28 de febrero de 2001**, (incluyendo asignación básica, bonificación por servicios y horas extras) de donde concluye la Sala que la entidad accionada, incluyó todas las asignaciones recibidas con posterioridad al acto administrativo que le reconoció de manera primigenia la pensión cumpliendo el artículo 150 de la



RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01

Ley 100 de 1993 y de paso incluyó factores que están enlistados en el Decreto 1158 de 1994 como susceptibles de ser tenidos en cuenta para liquidar el IBL de las pensiones que se rigen por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia se debe revocar para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

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 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 veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016) dictada por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena y en su lugar **DENEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin 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.



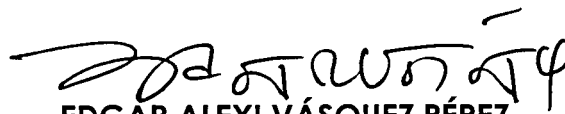
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 120/2018
SALA DE DECISIÓN No. 02

SIGCMA

RADICADO: 13001-33-33-008-2015-000161-01
LOS MAGISTRADOS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

AUSENTE CON FIRMADO
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ PÉREZ

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2015-000161-01
Demandante	ELOISA LORDUIY BARRIOS
Demandado	UGPP
Tema	Reliquidación Pensión - Régimen de Transición - Inclusión de factores salariales devengados durante el último año de servicios. REVOCA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE