



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

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	13001-33-33-011-2014-00210-01
Demandante	YADIRA MORALES GARCÍA
Demandado	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
Tema	Reliquidación Pensión – Régimen de Transición-Inclusión de factores salariales devengados durante el último año de servicios – beneficiaria Ley 84 de 1948 (lucha antituberculosa).
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 cuatro (04) de mayo de dos mil diecisiete (2017)¹, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA²

1.1. Pretensiones. Se sintetizan así:

Se declare (i) la nulidad parcial de la resolución No. 34846 del 19 de julio de 2007, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez; y (ii) la nulidad de la resolución No. PAP 006581 del 19 de julio de 2010, por medio de la cual se reliquida la pensión de vejez de la demandante.

En calidad de restablecimiento del derecho: (i) reliquide la pensión de la demandante, en sentido de tomar el último año de salario devengado con la inclusión de todos los factores salariales tales como: asignación básica, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, bonificación por recreación y promedio de recargos, para determinar el ingreso base de liquidación; (ii) profiera nueva resolución en la cual se liquide nuevamente pensión de jubilación determinando el IBL conforme el salario recibido durante el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales devengados, a partir del 01 de marzo de 2008, fecha de su retiro definitivo, reconociendo los reajustes anuales de ley, IPC, intereses consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación por la pérdida del poder adquisitivo del dinero; (iii) reconozca el pago del retroactivo, desde el 01 de marzo de 2008 hasta la fecha en que se realice de forma efectiva el respectivo pago; (iv) reconozca el pago de los intereses moratorios causados por el no pago de las diferencias dejadas de cancelar,

¹ Folios 122 - 126

² Folios 1-16



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

desde que la obligación se hizo exigible hasta que se realice su pago efectivo e (v) indexe las sumas por concepto de pensión teniendo en cuenta los incrementos realizados durante el año 2008 hasta la fecha en que se realice el pago efectivo de la obligación.

1.2. Hechos relevantes planteados³

1.2.1. La demandante laboró como servidora pública en la ESE Hospital San Pablo de Cartagena desde el 26 de marzo de 1986 hasta el 28 de febrero de 2008, para un total de 21 años, 7 meses y 18 días, equivalente a 1.127, 57 semanas aproximadamente.

1.2.2. Mediante resolución No. 34846 del 19 de julio de 2007, CAJANAL EICE le reconoció pensión de vejez, en aplicación de la Ley 100 de 1993 artículo 36, Ley 84 de 1948, decreto 1158 de 1994, decreto 01 de 1984 y la Ley 4 de 1966 para determinar su status pensional, pero para la liquidación se dio aplicación de la Ley 100 de 1993, tomando los promedios desde 1996 hasta 2006 y los siguientes factores salariales: Asignación básica y bonificación por servicios prestados, para determinar el IBL en porcentaje del 75%.

1.2.3. Mediante resolución No. PAP 006581 del 19 de julio de 2010, nuevamente se liquida la mesa pensional dando aplicación a la Ley 100 de 1993 artículo 36, realizando un promedio de los factores salariales así: para los periodos de 1998 hasta 2004: ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, RECARGO NOCTURNO Y BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD. Para el resto de años se tuvieron en cuenta los factores: ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD.

Para establecer el ingreso base de liquidación no se tomó en cuenta el salario devengado durante el último año de servicios, como tampoco todos los factores de salario devengados: ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD, PRIMA DE VACACIONES, BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN, sino únicamente los recibidos durante los años 1998 a 2008.

1.3. Normas violadas y cargos de nulidad⁴

Constitución Política, artículos 48 y 53;
Ley 84 de 1948, artículo 1;
Ley 33 de 1985, artículo 3;
Decreto 1160 de 1989, artículo 10.

Señala que las resoluciones demandadas constituyen un retroceso para el beneficio prestacional de la demandante en la medida en que consagran la inclusión de menos factores salariales para la liquidación de la pensión que las normas que le anteceden, esto es el decreto 1045 de 1978 y el

³ Folios 2 - 5

⁴ Folios 5 - 14



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

artículo 3 de la Ley 33 de 1985, en contravía de los principios de progresividad, favorabilidad y primacía de la realidad contenidos en la Constitución Política, ya que no incluir todos los factores salariales implicaría un desconocimiento al trabajo, por cuanto no tendría lógica que estando activa se tenga derecho a un salario y llegado el momento del reconocimiento de la pensión de vejez solamente se tengan en cuenta algunos de los factores salariales reconocidos, representando un cambio abrupto e injustificado en sus ingresos mensuales a la tercera edad, que es cuando más los necesita.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

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.

Solicitó 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-258 de 2013, 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 hiciera 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 falta competencia por no presentar la reclamación administrativa, 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. FIJACIÓN DEL LITIGIO

En audiencia inicial celebrada el día seis (06) de abril de dos mil diecisiete (2017), la juez Décimo Primera Administrativa del Circuito de Cartagena consideró que el problema jurídico está dirigido a resolver el siguiente interrogante: ¿cuál es la norma aplicable para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación de la Pensión que le fuera reconocida a la demandante?

La fijación del litigio quedó notificada en estrados y debidamente ejecutoriada⁶.

⁵ Folios 51-64

⁶ Folio 115 reverso





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

Mediante sentencia de fecha cuatro (04) de mayo de dos mil diecisiete (2017), la Juez Décimo Primera Administrativa del Circuito de Cartagena concedió las pretensiones de la demanda y en consecuencia declaró la nulidad de las resoluciones demandadas ordenando a la entidad demandada reliquidar la pensión de la demandante calculando el monto de la mesada sobre el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios con la inclusión de todos los factores devengados: sueldo básico, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad y prima de vacaciones así como condenándola al pago de las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de devengar. De igual forma, declaró probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias causadas en la mesada pensional con anterioridad al 14 de mayo de 2011.

Sustenta su decisión en que se trata de un régimen especial que por favorabilidad debe ser aplicado en su integridad, de acuerdo con lo probado en el proceso y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado. En lo referente a la bonificación por recreación devengada por la demandante, la a quo señala que la misma no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo que no puede servir de base para la liquidación de su pensión de jubilación.

5. RECURSO DE APELACIÓN.

5.1. UGPP⁸.

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 3° 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.

⁷ Folios 122 - 126

⁸ Folios 133 - 138





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

6. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto de fecha veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)⁹, 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.

6.1. Alegatos de Conclusión

6.1.1. Parte demandada¹⁰

Reitero los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

6.1.2. Parte demandante

Guardó silencio en esta oportunidad.

6.1.3. Ministerio Público

No rindió concepto.

I. 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.

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

⁹ Folio 155

¹⁰ Folios 158 - 164





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

En este orden, 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 la pensión de la parte actora debió liquidarse conforme a lo establecido en la ley 100 de 1993.

Por lo anterior, la Sala pasa a formular los siguientes problemas jurídicos principales y asociados:

¿La sentencia de primera instancia se debe confirmar, modificar y/o revocar?

Para resolver el anterior interrogante principal, se debe dilucidar:

¿Si la actora tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación incluyendo para tales efectos todos los factores devengados durante el último año de servicios?

3. Tesis

La sentencia de primera instancia debe ser revocada, porque la actora si bien es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no alcanzar el status de pensionada con antelación a su vigencia, solo tiene derecho a beneficiarse de la aplicación de la edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo previstas en las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Respecto del IBL se aplica el inciso tercero del artículo 36 ibídem en concordancia con el artículo 21.

Por lo anterior, los factores de salario a ser incluidos en la liquidación de su pensión de vejez, serán sólo 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 concordancia



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

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 84 de 1948

La Ley 84 de 1948, estableció el régimen de prestaciones sociales del personal científico que trabaja en servicios de lucha antituberculosa y en su artículo 1º, dispuso:

"Artículo 1º. Tendrán derecho a pensión de jubilación los médicos, enfermeras y demás personal que comprueben haber trabajado continua o discontinuamente durante veinte (20) años en sanatorios, dispensarios u otros establecimientos al servicio de la campaña antituberculosa oficial.

La pensión de jubilación será de las dos terceras partes del último sueldo devengado."

Conforme a la disposición transcrita, los médicos, enfermeras y demás personal que comprueben haber trabajado continua o discontinuamente durante veinte años en sanatorios, dispensarios u otros establecimientos al servicio de la campaña antituberculosa oficial, tienen un régimen especial de jubilación, el cual prescribe la forma de liquidar la prestación, con las dos terceras partes del último sueldo devengado, pero que no especifica los factores a considerar para la integración de la mesada base de liquidación.

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985³, estableció algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, señalando:

"ARTICULO 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 (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.

(...)"

De lo anterior, se tiene que a los empleados públicos que hayan servido 20 años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de 55 años, se les debe liquidar su pensión con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Igualmente, tal como se advierte en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, resulta claro que la normativa consagrada en dicha ley, no se aplica a los empleados a quienes tengan un régimen especial de pensiones.





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

Por ende, la aplicación de un régimen especial producto de la transición normativa de la Ley 100 de 1993, deviene por la remisión que la misma Ley 33 de 1985 hace, siendo que ésta es la norma anterior para el sector oficial.

4.3. 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 11¹¹ dispuso que se respetará el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior. Dicha norma fue declarada exequible¹² 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 mesada pensional.***

¹¹ 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."

¹² 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: 13001-33-33-011-2014-00210-01

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: 13001-33-33-011-2014-00210-01

"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."

4.4. 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 iguales¹³. 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 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.

¹³ 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: 13001-33-33-011-2014-00210-01

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 hiciera 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".





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

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;*

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 demandante nació el 06 de noviembre de 1957, como consta en copia de su Registro Civil de Nacimiento y de su cédula de ciudadanía.¹⁴

5.1.2. Prestó sus servicios a la ESE Hospital San Pablo de Cartagena desde el 26 de marzo de 1986 hasta el 28 de febrero de 2008, como Operaria de Servicios Generales¹⁵.

5.1.3. Devengó los siguientes emolumentos entre los años 1999 a 2008 (Fls. 30 -33):

SUELDO MENSUAL
AUXILIO DE TRANSPORTE
PRIMA DE SERVICIOS
PRIMA DE NAVIDAD
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS
BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD

¹⁴ CD- ROM Folio 65

¹⁵ Folios 30 - 33





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

PRIMA DE VACACIONES
BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN
PROMEDIO DE RECARGOS

5.1.4. Mediante resolución No. 34846 del 19 de julio de 2007 (Fls. 18 – 22), Cajanal EICE reconoció pensión mensual vitalicia por vejez a la demandante, en cuantía de \$552.6161, 52, a partir del 19 de abril de 2006. La liquidación de la prestación se hizo con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En ese sentido, tuvo en cuenta los siguientes factores devengados entre el 19 de abril de 1996 y el 18 de abril de 2006: asignación básica y bonificación por servicios prestados.

5.1.5. Por Resolución PAP 6581 del 19 de julio de 2010 (Fls. 23 – 29), Cajanal EICE en liquidación reliquidó la pensión vitalicia de vejez concedida mediante resolución No. 34846 del 19 de julio de 2007 en cuantía de \$691.881,77, teniendo en cuenta que fue retirada del servicio el 28 de febrero del 2008 y tomando en consideración el período comprendido entre el 01 de marzo de 1998 y el 28 de febrero de 2008, con los siguientes factores salariales: Asignación básica, bonificación por servicios prestados, recargo nocturno y bonificación por antigüedad.

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) de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 (Ley 84 de 1948, Ley 33 de 1985), incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios como: auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, bonificación por recreación y promedio de recargos, reconociendo que la accionada incluyó los factores de: ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, RECARGO NOCTURNO Y BONIFICACIÓN DE ANTIGÜEDAD.

La juez de primera instancia acogió la tesis de la parte accionante y declaró la nulidad de los actos acusados ordenando a la UGPP reliquidar la pensión de vejez de la actora incluyendo todos los factores relacionados anteriormente, excepto la bonificación por recreación por no tener carácter de factor salarial.

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 en el último año de servicios.

Para el efecto, lo primero que debe precisar la Sala es que, en efecto, la actora 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



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

las instancias pues para la entrada en vigencia de la misma a nivel nacional -1 de abril de 1994, tenía más de 35 años de edad, dado que nació el 6 de noviembre de 1957¹⁶.

No obstante, como el status de pensionada lo adquirió el día 25 de marzo de 2006 según se consignó en las Resoluciones 34846 del 19 de julio de 2007¹⁷ y PAP 6581 del 19 de julio de 2010¹⁸, esto es en vigencia de la Ley 100 de 1993, su pensión de vejez se debe liquidar con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 de la misma ley, que equivale al *"promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión"* (artículo 21 de la Ley 100 de 1993) y no aplicando las normas anteriores; leyes 84 de 1948 y 33 de 1985 como lo deprecia en su demanda.

En este orden de ideas, se aplican las reglas previstas en 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, porque a pesar de ser beneficiaria del régimen de transición adquirió sus status de pensionada el 25 de marzo de 2006, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Con relación a los factores salariales que reclama y que no incluyó la entidad correspondientes al auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por recreación, no pueden ser tenidos en cuenta para liquidar su pensión de vejez al no estar enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y no probar que sobre los mismos cotizó al Sistema.

De igual manera, la Sala debe precisar que, la entidad accionada en los actos acusados incluyó los factores de ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, RECARGO NOCTURNO Y PRIMA DE ANTIGÜEDAD, los cuales por estar enlistados en el mencionado decreto si hacen parte de las sumas a ser tenidas en cuenta para liquidar su pensión.

Por último, se debe recalcar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 279 de la Constitución Política, la Ley 84 de 1948 no constituye uno de los regímenes que se haya mantenido y que esté excepcionado de la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

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*

¹⁶ Fl. 23

¹⁷ Folios 18 - 22

¹⁸ Folios 23 - 29



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00210-01

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 cuatro (04) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena y en su lugar **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

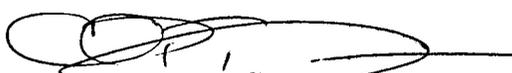
SEGUNDO: Sin condena en costas en ambas instancias.

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

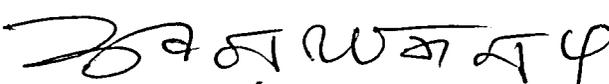
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

