



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

Cartagena de Indias D T C, veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-012-2015-00039-01
Demandante	EDUARDO RAFAEL POLO PÉREZ
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 durante el último año de servicios. 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 treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)¹, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones. Se sintetizan así:

Se declare la nulidad de las Resoluciones No. RDP- 014516 del 9 de mayo de 2014, No. RDP-020977 del 08 de julio de 2014 y No. RDP -023072 del 24 de julio de 2014, mediante las cuales se negó la solicitud de reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales durante el último año de servicio.

En calidad de restablecimiento del derecho: i) reliquidar la pensión, a partir del 13 de octubre de 1996 - fecha en que adquirió su status- por valor de \$587.228.54, ii) pagar la indexación de la primera mesada pensional de conformidad con la Ley y la jurisprudencia, y iii) se condene al pago de los intereses moratorios de conformidad con los artículos 191 y 192 del CPACA.

1.2 Hechos relevantes planteados

1.2.1 Mediante Resolución 018518 del 7 de octubre de 1997, CAJANAL le reconoció pensión de vejez, con efectos fiscales a partir del 13 de octubre de 1996.

1.2.2 El señor EDUARDO RAFAEL POLO PÉREZ solicitó reliquidación de su pensión, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último

¹ FI 130-137



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

año de servicio, la cual fue negada mediante Resolución No. RDP-014516 de 9 de mayo de 2014, decisión que fue confirmada por las resoluciones RDP 020977 y RDP 023072 del 7 y 24 de julio de 2014, respectivamente.

1.2.3 Que al momento de reconocerle la pensión de jubilación solamente se le incluyeron los siguientes factores salariales: **asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad**, dejando de incluirse el auxilio alimenticio, la prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, los cuales devengó en el último año de servicios.

1.2 Normas violadas y cargos de nulidad.

Constitución Política artículos: 1, 2, 6, 7, 12, 25, 26, 23, 29 y 42

Ley 1437 de 2011, artículos 64, 138, 155, 156, 162, 163, 165, 166.

Leyes 33 y 62 de 1985.

Decreto 2143 de 1995.

Ley 4ta de 1966.

Decreto 1743 de 1966.

Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Afirmó que el actor es beneficiario del régimen de transición porque para el 01 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía 53 años de edad y por ello, con fundamento en jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre la interpretación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su pensión debía liquidarse con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios, como lo dispone la Ley 33 de 1985.

2. Contestación de la demanda

La entidad demandada presentó escrito de contestación de la demanda de manera extemporánea².

3. Sentencia de Primera Instancia³.

Mediante sentencia de fecha 31 de marzo de dos mil dieciséis (2016), la Juez Doce Administrativa del Circuito de Cartagena, declaró la nulidad de los actos acusados, ordenando: i) reliquidar la pensión de vejez del accionante teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados durante el último año de servicios (30 de junio de 1992 a 30 de junio de 1993), asignación básica, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por antigüedad y auxilio de alimentación, con efectos a partir del 27 de marzo de 2011, ii) actualizar la base pensional según la fórmula señalada, iii) actualizar las mesadas mes por mes aplicando la fórmula señalada. Negó la pretensión de indexación de la primera mesada pensional.

² Se hizo constar en audiencia inicial que obra en el acta visible a folios 103-a 104

³ Folios 130-137



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

Fundamentó su decisión en que el actor al ser beneficiario 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 UGPP⁴.

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 del actor, 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.

5 Trámite procesal de segunda instancia.⁵

Mediante auto de fecha veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016), 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 ⁶

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.1.2 Parte demandante⁷

Solicitó confirmar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y sustentado el derecho que le asiste al accionante de la

⁴ Folios 140-148

⁵ Folio 160

⁶ Folios 169-175

⁷ Folios 163-168



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

reliquidación de la pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985 por ser beneficiario del régimen de transición, tal y como ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

5.1.3 Ministerio Público⁸.

El señor Agente del Ministerio Público emitió concepto dentro del presente asunto, solicitando sea confirmada la sentencia de primera instancia, pues en el presente caso debe aplicarse la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010, según la cual la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos son simplemente enunciativos y no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

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 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 la ley 33 y 62 de 1985.

⁸ Folios 176-180





Por lo precedente, se debe formular el siguiente interrogante:

¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia, porque, el señor EDUARDO RAFAEL POLO PÉREZ 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 el actor al ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero no alcanzar el status de pensionado 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.

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 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



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

100 de 1993, en su artículo 11^º dispuso que se respetará el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior. Dicha norma fue declarada exequible¹⁰ 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.***

*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

⁹ 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."

¹⁰ 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: 13001-33-33-012-2015-00039-01

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."

"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."



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

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 iguales¹¹. 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.

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

¹¹ 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 [...]”.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 02
SENTENCIA No.127/2018

SIGCMA

Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

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".

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 exequible¹² por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-168 de 1995¹³, 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

¹² 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".

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

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 [...]"

Conforme lo precedente, si el trabajador acoge la aplicación del artículo 21¹⁴ en su inciso final de que se liquide el IBL con fundamento en toda su vida

¹⁴ 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.



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

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 El actor nació el 13 de octubre de 1941 según consta en la fotocopia de su cédula de ciudadanía.¹⁵
 - 5.1.2 Laboró en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi desde el 1º de enero de 1968 hasta el 30 de junio de 1993, según certificación expedida por Instituto Geográfico Agustín Codazzi¹⁶.
 - 5.1.3 **Adquirió el status de pensionado el día 13 de octubre de 1996**, al cumplir los 55 años de edad, según se reconoció en la Resolución 18518 de fecha 07 de octubre de 1997 por medio de la cual CAJANAL le reconoció la pensión de vejez. (Fl. 28-30)
 - 5.1.4 Mediante la Resolución 18518 de fecha 07 de octubre de 1997, se le reconoció al accionante pensión de vejez al cumplir los 55 años de edad y teniendo en cuenta 9165 días laborados, con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando el artículo 1 del Decreto 2143 de 1995, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- En cuanto a la edad, semanas cotizadas y monto de la pensión aplicó la Ley 33 de 1985. Reconoció la pensión con **los factores de asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad devengados durante el último año de servicios** (Fl. 28-30).
- 5.1.5 Mediante Resolución RDP 014516 del 9 de mayo de 2014 (Fl. 31-33), se negó la reliquidación pensional elevada por el actor respecto de la aplicación de Ley 33 de 1985, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, al considerar que los factores salariales pedidos (auxilio alimenticio, prima de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones no estaban enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

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".

¹⁵ Fl. 48

¹⁶ CD obrante a folio 109 contentivo del expediente administrativo archivo PDF No. 7.



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

5.1.6 Mediante las Resoluciones No. RDP 020977 del 8 de julio de 2014 y RDP 023072 de 24 de julio de 2014 se confirmó la decisión contenida en la Resolución RDP 014516 del 9 de mayo de 2014.

5.1.7 En sede gubernativa, elevó petición radicada el 26 de febrero de 2014 ante la UGPP (42-47), en la que solicitó la reliquidación de la pensión de vejez con el último año de servicios, teniendo en cuenta todos los factores devengados porque dicha entidad solo tuvo en cuenta la ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y PRIMA DE ANTIGÜEDAD, dejando por fuera el AUXILIO ALIMENTICIO, LA PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE NAVIDAD y LA PRIMA DE VACACIONES.

5.1.8 El accionante devengó los siguientes emolumentos desde junio de 1992 a 30 de junio de 1993¹⁷:

SUELDO BÁSICO
INCREMENTO DE ANTIGÜEDAD
AUXILIO DE ALIMENTO
PRIMA DE VACACIONES
PRIMA DE NAVIDAD
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS
PRIMA DE SERVICIOS

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 el actor a la entidad accionada para obtener la reliquidación de su pensión de vejez como beneficiario 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 33 de 1985, Ley 62 de 1985), incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios como: La bonificación por servicios prestados, auxilio alimenticio, primas de antigüedad, de servicios, de navidad y de vacaciones, reconociendo que la accionada incluyó los factores de: ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS Y PRIMA 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 del actor incluyendo todos los factores relacionados anteriormente.

Conforme este panorama, la Sala determinará si le asiste razón a la entidad accionada que apeló la anterior decisión, aduciendo que el actor, al ser beneficiario 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.

¹⁷ CD obrante a folio 109 contentivo del expediente administrativo archivo PDF No. 4.



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00039-01

Para el efecto, lo primero que debe precisar la Sala es que, en efecto, el actor es beneficiario 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.

Por lo anterior, la Sala concluye que el actor, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales como lo deprecia en su demanda, porque al ser beneficiario del régimen de transición y haber adquirido el estatus pensional en vigencia de la 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, como lo efectuó la entidad accionada en los actos acusados.

Sobre el ingreso base de liquidación o IBL, en su caso concreto se aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, *"el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta..."* para adquirir el derecho a la pensión.

En el caso concreto, se tiene que el estatus jurídico de pensionado del actor, lo adquirió el día 13 de octubre de 1996 según se consignó en las Resoluciones 018518 de 17 de octubre de 1997¹⁹ y RDP 014516 de 9 de mayo de 2014²⁰, 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 un año.

Debe precisarse con relación a los factores salariales que reclama y que no incluyó la entidad correspondientes al AUXILIO ALIMENTICIO, PRIMA DE NAVIDAD Y DE VACACIONES, los mismos 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.

Por último debe la Sala señalar que, la entidad accionada en los actos acusados incluyó los factores de ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS 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 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.

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 28-30

²⁰



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 registrarán 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 treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Doce 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.

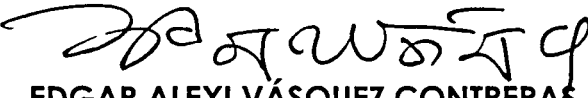
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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