



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-013-2014-00129-01
Demandantes	ALFONSO CARMELO ACOSTA MENDIVIL
Demandados	UGPP
Tema	Reliquidación Pensión – Régimen de Transición – Empleado del Orden Nacional – Inclusión de factores salariales devengados durante el último año de servicios.
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 tres (3) de noviembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Décimo Tercero 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 i) la Resolución No. RDP 033131 de 23 de julio de 2013, mediante la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor con aplicación del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, y ii) Resolución No. RDP 042990 del 17 de septiembre de 2013, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la primera, confirmándola en su integridad.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita: i) efectuar la reliquidación de la pensión con base en el 75% de todo lo percibido durante el último año de servicio, ii) reliquidar la primera mesada pensional con base en el 75% de todo lo percibido durante el último año de servicios, ii) pagar las diferencias dejadas de percibir desde el día 12 de junio de 1995, así como la indexación respectiva, iii) se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA, iv) se actualice la condena conforme al artículo 178 ibídem de acuerdo con el IPC, V) reconocer intereses moratorios comerciales desde la ejecutoria de la sentencia hasta su cancelación total, y iv) se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

1.2. Hechos relevantes planteados

1.2.1. El señor Alfonso Carmelo Acosta Mendivil nació el 12 de junio de 1940, y prestó sus servicios, exclusivamente, para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Administración Especial de Cartagena del 21 de





Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

marzo de 1969 a 31 de octubre de 1991, por espacio de 22 años, 7 meses y 7 días.

1.2.2. Mediante Resolución 4377 de 25 de marzo de 1997, la entonces Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL le reconoció pensión vitalicia de vejez en cuantía de \$287.384,76 a partir del 12 de junio de 1995, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985; aduciendo en su parte considerativa que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que se pensiona acreditando 20 años de servicios, 55 años de edad y con el 75% del salario promedio del salario promedio percibido durante el último año de servicios.

1.2.3. El 6 de junio de 2013 el actor solicitó la reliquidación de la pensión de vejez aplicando integralmente la Ley 33 de 1985 en cuanto al IBL, incluyendo todos los factores de salario devengados en el último año de servicios y no solo la asignación básica.

1.2.4. La anterior petición fue resulta negativamente mediante Resolución RDP 033131 de 23 de julio de 2013, y contra la misma la parte actora interpuso recurso de apelación que fue decidido confirmándola a través de la Resolución No. RDP 042990 de 17 de septiembre de 2013.

1.3. Normas violadas y cargos de nulidad.

Leyes 33 (artículos 1,2 y 3) y 62 de 1985
Ley 2ª de 1984: Art. 57
Ley 712 de 2001: Art. 35
CPC: Art. 357
Ley 100 de 1993: Art. 36.
Código Contencioso Administrativo: Art. 50 y ss.

Señala que en aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la Ley 33 de 1985, es más equitativo entrar a liquidar la pensión de vejez aplicando la normatividad anterior en toda su integridad y por tanto acogiendo el promedio de lo devengado en el último año de servicio.

El ingreso base de liquidación de la Ley 33 de 1985 es más beneficioso que el consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto se debe liquidar con el 75% del salario promedio devengado en el último año de prestación de servicios.

Ha sido reiterativo el Consejo de Estado en señalar que la liquidación de la pensión de jubilación o de vejez debía incluir todas las sumas recibidas por el empleado como retribución de sus servicios y que, en el caso de no haberse pagado todos los aportes de ley, deben hacerse las compensaciones correspondientes.



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

Con la sentencia de unificación del Consejo de Estado se indicó que los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 no son taxativos, y el ingreso base de liquidación de la pensión debe estar constituido por todos los factores que se consideren salario, esto es, los que se perciben como contraprestación directa del trabajo desarrollado.

2. Contestación de la demanda¹.

La entidad demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que los actos administrativos acusados se ajustan a la ley 100 de 1993 que es la aplicable para su caso concreto, porque al ser beneficiario del régimen de transición pero adquirir su status de pensionado el 12 de junio de 1995, ya estaba vigente dicha Ley, razón por la cual se le aplicó la ley 33 de 1985 en cuanto a la edad, tiempo y monto de la pensión y se le liquidó con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios conforme lo establece el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con los factores enlistados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 que corresponden a los siguientes: la asignación mensual, los gastos de representación, la prima técnica (cuando sea factor salarial), las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación, la remuneración por trabajo dominical y festivo, trabajo suplementario o de horas extras o realizado en jornada nocturna y la bonificación por servicios prestados.

Respecto al reconocimiento de intereses moratorios recalcó que no es procedente conforme lo prevé el artículo 141, pues sólo son viables en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales y no para el reconocimiento y reliquidación de la pensión de vejez.

En relación con la petición de aplicar el IPC, recalcó que la entidad lo hace de oficio conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1994.

Propuso las excepciones de prescripción de la acción, buena fe, pago total, cobro de lo no debido, genérica, cosa juzgada, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la causa petendi, falta de derecho para pedir.

3. Fijación del litigio²

En audiencia inicial celebrada el tres (03) de noviembre de dos mil quince (2015), se consideró que el litigio se centraba en determinar si:

- El ingreso base de liquidación de un empleado público amparado bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 está conformado única y exclusivamente por los factores señalados en los decretos reglamentarios de la norma mencionada, o este se conforma con factores devengados en el último año de servicios como lo indica la Ley 33 de 1985.

¹ Folios 192-201.

² Folios 216 reverso y 217



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

- Qué factores no fueron tenidos en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación, y si estos deben hacer parte del mismo.
- Indexación de la primera mesada pensional
- Prescripción de las mesadas que se pudieron causar, en el evento de accederse a las pretensiones de la demanda.

Las partes estuvieron de acuerdo y la decisión quedó debidamente ejecutoriada.

4. Sentencia de Primera Instancia³.

Mediante sentencia de fecha 3 de noviembre de dos mil quince (2015), la Juez Trece Administrativa del Circuito de Cartagena, declaró la nulidad de los actos acusados, ordenando: i) reliquidar la pensión de jubilación del actor teniendo en cuenta los factores como: subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y bonificación por servicios, en el periodo comprendido desde 1 de noviembre de 1990 al 31 de octubre de 1991, ii) realizar los ajustes anuales sobre la misma, iii) pagar las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de devengar, con efectos fiscales a partir del 6 de junio de 2010 por efectos de la prescripción, iv) descontar los valores de los aportes que ordena la ley respecto de los factores que se dispuso incluir en la reliquidación pensional, v) cumplir la sentencia conforme al artículo 192 del CPACA y vi) condenar en costas a la demandada.

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 servicio como lo señala el H. Consejo de Estado en la sentencia de Unificación de agosto de 2010, sin que fuera aplicable al presente caso la sentencia de unificación SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, pues esta solo puede regir situaciones administrativas no definidas a 29 de abril de 2015 (fecha de emisión de la sentencia), y hacia futuro.

Destaca que, conforme a dicho precedente el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, lo cual permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los aportes que se dejaron de efectuar; habiéndose acreditado en el presente caso, que el actor en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 1990 a 31 de octubre de 1991, además de la asignación básica, devengó: subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, y bonificación por servicios prestados, los cuales debe ser incluidos en la liquidación de su pensión, en aplicación de los principios de progresividad y favorabilidad.

³ Folios 221-234.



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

Habiendo operado la prescripción de mesadas, con anterioridad al 5 de junio de 2010.

5. Recurso de apelación⁴.

La UGPP, 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.

6. 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.

6.1 Alegatos de conclusión.

6.1.1 Parte demandante⁶.

Indico que se debe confirmar en fallo impugnado, pues se acreditó que el actor pertenece el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y no obstante le fue reconocida la pensión aplicando el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, pero incluyendo sólo la asignación básica, y sin tener en cuenta todos los factores salariales y prestaciones que efectivamente devengaba, tal y como lo establece la Ley 33 de 1985 y lo ha reiterado el H. Consejo de Estado en su jurisprudencia.

⁴ Folios 235-243.

⁵ Folio 261

⁶ Folios 271-275.



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

6.1.2 Parte demandada⁷

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

6.1.3 Ministerio Público⁸.

Solicitó confirmar 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 cumplió lo 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 peius, partiendo de afirmar que el único punto de controversia entre las partes, lo constituye el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez del actor en cuanto a los factores a ser incluidos, porque se aceptó en la primera instancia que es beneficiario del régimen de transición.

En este orden, la UGPP impugnó la sentencia afirmando que la reliquidación ordenada por la A-quo, con respecto a los factores a ser incluidos aplicando el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, desconoce la jurisprudencia de la Corte

⁷ Fl. 264-270.

⁸ Fl. 276-280.



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

Constitucional, la cual ha reiterado que se debe aplicar el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como se consignó en los actos acusados e incluyendo únicamente los enlistados en el Decreto 1154 de 1998 sobre los cuales hubiese efectuado los aportes al Sistema de Pensiones.

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:

¿ Cuáles son las normas aplicables para efectos de liquidación de la pensión del demandante?

¿Cuáles son los factores de salario que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de vejez del actor?

De oficio, se debe estudiar el tema de la prescripción de mesadas que declaró el A-quo al ser una excepción que de encontrarse probada puede ser declarada de oficio por el Juez.

1. Tesis

La sentencia de primera instancia se debe confirmar aclarando que el actor tiene derecho la liquidación de la pensión, con una tasa de remplazo del 75% del promedio de todos los factores de salario devengados y cotizados en el último año de servicio, porque es beneficiario tanto del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como del señalado en el Art. 1, parágrafo 2 de la Ley 33 de 1985, de tal manera que tiene derecho a regirse por la normatividad anterior consagrada en la Ley 6ª de 1945.

2. Marco normativo y jurisprudencial

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:

2.1 Principios

- i) Igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior.





2.2 Marco normativo

La Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral, empezó a regir el 1 de abril de 1994 para el orden nacional y el 30 de junio de 1995 para el orden territorial, según lo dispuso el artículo 151.

En el artículo 36 estableció un régimen de transición, en los siguientes términos:

"Artículo 36.- Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco o más años de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince o más años de servicios cotizados, **será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.** Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el dane (...)

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

Parágrafo. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1.º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio". (Negritas y subrayas fuera de texto)

El régimen anterior a que alude el artículo es el previsto en la Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, en cuyo artículo 1 dispuso:

"Artículo 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75 %) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

El parágrafo 2 del precitado artículo, exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que **a la fecha de su promulgación -febrero 13 de 1985-** hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales se continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.

Y el inciso 2 señaló:

"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".

Como puede observarse, tal normatividad legal resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley; ni a quienes disfruten de un régimen especial.

En este sentido, dicha ley también estableció un **régimen de transición** al excluir de su aplicación a los empleados oficiales que se encontraran en los siguientes supuestos:

1) Los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2) Los empleados oficiales que a la fecha de esta ley hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la ley.

3) Los empleados oficiales que con 20 años de labor continua o discontinua, se hallaran retirados del servicio, quienes tendrían derecho cuando cumplieran 50 años de edad, si eran mujeres, o cincuenta y cinco 55 si eran varones, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.

4) Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la ley hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán rigiéndose por las normas anteriores a ella.

Ahora bien, antes de la expedición de la Ley 33 de 1985, la norma aplicable en el ámbito prestacional para los empleados de los niveles departamental y municipal era la Ley 6 de 1945, precepto que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distinción de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio continuo o discontinuo para el Estado.

La ley 6 de 1945, en su artículo 17, literal b), estableció una pensión de jubilación a favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 de servicios continuos o discontinuos.

Posteriormente, el Decreto 3135 de 1968, "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales", en su artículo 27, varió la edad de jubilación de los varones en los siguientes términos:

"Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio".

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945.

A su vez el artículo 7 del Decreto 1848 de 1969, "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", ordenó:

"Las normas de este Decreto y del Decreto 3135 de 1968, que consagran prestaciones sociales, se aplicarán a los empleados



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

públicos nacionales de la rama administrativa del poder público, mientras la ley no disponga otra cosa."

El artículo 68 ibidem dispuso:

"Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1º de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad si es mujer.

PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas."

De otra parte, se debe resaltar que la Ley 33 de 1985, en su artículo 25, derogó los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, y las demás disposiciones que le fueren contrarias.

En conclusión, antes de la expedición de la Ley 33 de 1985, la norma aplicable en el ámbito prestacional para los empleados de los niveles departamental y municipal era la Ley 6 de 1945; precepto que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distingo de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio continuo o discontinuo para el Estado. Así mismo a quien acreditara estar en uno de los supuestos del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 se le respetaría el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior, por expresa disposición del artículo 11 de la Ley 100 de 1993.⁹

Como el régimen de transición no incluyó el monto ni los factores salariales para liquidarla, los mismos continuaron siendo los contemplados en 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."



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

normatividad anterior -Ley 33 de 1985 en concordancia con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 aplicable a los beneficiarios de la Ley 6ª de 1945:

"Artículo 45. "De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación y la prima técnica; c) Los dominicales y feriados; d) las horas extras; e) auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de navidad; g) La bonificación por servicios prestados; h) La prima de servicios; i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978; k) La prima de vacaciones; l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968."

La Sala también tendrá en cuenta el Acto Legislativo 1 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Carta al disponer: *"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones..."*

Además de lo precedente, 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 para efectos de los factores de salario a ser tenidos en cuenta en la liquidación de las pensiones de vejez:

"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.**

"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



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

el sistema retorna al afiliado y iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema..."

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 demandante nació el 12 de junio de 1940 (Fl. 75 y 76 del expediente administrativo y folio 203 CD- ROM).

5.1.2. Conforme los actos acusados, el status de pensionado lo adquirió el actor al cumplir los 55 años, el 12 de junio de 1995. (fl. 55-56, 85 reverso).

5.1.3. El accionante trabajó en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Administración Especial Cartagena desde el **21 de marzo de 1969 hasta el 31 de octubre de 1991**, según certificación expedida por el Jefe de División Financiera y Administrativa, visible en los antecedes administrativos¹⁰.

5.1.4 **Devengó** los siguientes emolumentos en el año 1991¹¹:

Factores	1991
Sueldo básico	\$165.642.00
Subsidio alimentación	\$6.350.00
Prima de navidad	\$160.862.00
Prima de servicios	\$88.946.87
Bonificación por servicios	\$57.974.00
Prima de vacaciones	\$185.313.58
Indemnización vacaciones	\$209.439.00

5.1.5. De acuerdo con el formato No. 3(B) certificación de salarios mes a mes¹², entre noviembre de 1990 y octubre de 1991, el demandante **cotizó** al Sistema de Seguridad Social en Pensiones así:

¹⁰ Fl. 75 reverso.

¹¹ Folio 75 reverso, 85, 144

¹² Folio 63 y 203- CD ROM



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 2
SENTENCIA No. 73/2018

SIGCMA

Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

24 Año	25 Mes	27 Asignación Básica Mensual	28 Salario Devengado	28 (A) Prima vacaciones	28(B) Subsidio de Alimentación	30(A) Bonificación por Servicios	30 (B) Prima de Vejez	30 (C) Prima de Servicios	30(D) Horas Extras	30(E) Dominicales y/o Festivos	31. TOTAL MES
1990	Enero	97.250,00	158.185,00	123.328,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	378.743,00
	Febrero	97.250,00	55.108,33	0,00	1.955,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	154.313,33
	Marzo	135.750,00	135.750,00	0,00	4.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	275.850,00
	Abril	135.750,00	135.750,00	0,00	4.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	275.850,00
	Mayo	135.750,00	135.750,00	0,00	4.350,00	47.512,00	0,00	47.512,00	0,00	0,00	370.874,00
	Junio	135.750,00	135.750,00	0,00	4.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	275.850,00
	Julio	135.750,00	135.750,00	0,00	4.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	275.850,00
	Agosto	135.750,00	135.750,00	0,00	4.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	275.850,00
	Septiembre	135.750,00	135.750,00	0,00	4.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	275.850,00
	Octubre	135.750,00	135.750,00	0,00	4.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	275.850,00
	Noviembre	135.750,00	135.750,00	0,00	4.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	275.850,00
	Diciembre	135.750,00	135.750,00	0,00	4.350,00	0,00	158.153,64	0,00	0,00	0,00	434.005,64
		Total Asignación Básica Anual					Total anual incluyendo factores salariales				
1991	Enero	165.642,00	135.750,00	0,00	5.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	306.742,00
	Febrero	165.642,00	135.750,00	0,00	5.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	306.742,00
	Marzo	165.642,00	165.642,00	0,00	5.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	336.634,00
	Abril	165.642,00	165.642,00	0,00	5.350,00	57.974,00	0,00	0,00	0,00	0,00	394.608,00
	Mayo	165.642,00	165.642,00	0,00	5.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	336.634,00
	Junio	165.642,00	165.642,00	0,00	5.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	336.634,00
	Julio	165.642,00	165.642,00	0,00	5.350,00	0,00	0,00	88.948,87	0,00	0,00	425.589,87
	Agosto	165.642,00	165.642,00	0,00	5.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	336.634,00
	Septiembre	165.642,00	165.642,00	0,00	5.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	336.634,00
	Octubre	165.642,00	165.642,00	185.313,58	5.350,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	521.947,58
	Noviembre	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	160.862,48	0,00	0,00	0,00	0,00
	Diciembre	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
		Total Asignación Básica Anual					Total anual incluyendo factores salariales				

5.1.6. Mediante Resolución No. 004377 de fecha 25 de marzo de 1997 (Fl. 85-86) CAJANAL le reconoció al accionante pensión vitalicia de vejez a partir del 12 de junio de 1995, teniendo en cuenta un tiempo laborado en el Ministerio de Hacienda-DIAN de 8140 días (del 21 de marzo de 1969 al 30 de octubre de 1991), con fundamento en el artículo 1 del Decreto 2143 de 1995 y el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respetando el régimen anterior de la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad, semanas cotizadas y monto de la pensión (adquiriendo el estatus el 12 de junio de 1995). Para el IBL dio aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta "el 75% del promedio de lo devengado en el último año, actualizado con el Índice de Precios al Consumidor...", y tomando como factores salariales únicamente la asignación básica.

5.1.7. Mediante peticiones radicadas el 20 de junio de 2012 (Fl. 124-126) y el 6 de junio de 2013 (Fl. 46-53 y 127-131) ante la UGPP, el demandante, solicitó la reliquidación de su pensión, dando aplicación al artículo 1º de la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, y en consecuencia reliquidar la primera mesada pensional del actor con base en el 75% de lo percibido durante el último año de servicio (1º de noviembre de 1990 y 31 de octubre de 1991).

5.1.8. Mediante Resolución RDP 033131 del 23 de julio de 2013 (Fl. 106-107), se negó la solicitud de reliquidación pensional elevada por el actor el 6 de junio de 2013, al considerar que la pensión le fue reconocida con aplicación de la Ley 33 de 1985, por lo que se tuvo en cuenta la edad de 55 años y 20



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

años de servicios, y se liquidó su derecho pensional teniendo en cuenta el 75% del ingreso base de cotización de los aportes efectuados durante el último año de servicios, sin embargo, respecto de los factores base de liquidación, la norma aplicable es el Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, indicando que no hay lugar a la inclusión de factores salariales no contemplados en la mentada norma.

5.1.9. Mediante Resolución RDP 042990 de 17 de septiembre de 2013 (Fl. 59-60, 111), se resolvió recurso de apelación confirmando la Resolución RDP 033131 del 23 de julio de 2013.

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 de 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), incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicio.

La A quo en la decisión de primera instancia, acogió la tesis de la parte actora, determinando que, al ser el demandante beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, le son aplicables las disposiciones contenidas en las leyes 33 y 62 de 1985, es decir, en suma equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Conforme este panorama, la Sala determinará si le asiste razón a la UGPP, de que el actor, al encontrarse en el régimen de transición, pero no alcanzar la totalidad de requisitos para adquirir su status pensional con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel nacional -1 de abril de 1994, el IBL de su pensión se debe liquidar conforme al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no atendiendo las normas anteriores como lo deprecó el actor en su demanda y lo reconoció la juez en la sentencia impugnada.

Al respecto, lo primero que debe precisar la Sala es el régimen pensional que se aplica a la situación del actor. En ese orden y de la valoración de las pruebas aportadas al expediente, se advierte que el señor ALFONSO ACOSTA MENDIVIL, a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones en el orden Nacional - 1 de abril de 1994-, tenía más de 40 años de edad (nació el 12 de junio de 1940) y más de 15 de servicios (se vinculó al servicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sin solución de continuidad desde el 21 de marzo de 1969 hasta el 30 de octubre de 1991 cuando se retiró del servicio).¹³

¹³ FI 85 vuelto



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

No queda duda, entonces, que su situación se encuentra gobernada por el régimen pensional anterior a la Ley 33 de 1985, la cual excluyó de su aplicación, entre otros, a los empleados oficiales que para su entrada en vigencia, hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, **a quienes se continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a esta.**

En este orden, el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 consistió en mantener el requisito de la edad contemplado en las disposiciones anteriores -50 años-¹⁴, para aquellos empleados que acreditaran haber cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio para la fecha en que entraron a regir sus normas, esto es, el 13 de febrero de 1985.

En el caso concreto, para el 13 de febrero de 1985, el actor tenía cumplidos más de 15 años de servicio, es decir, que se encontraba dentro del supuesto previsto en el Art. 1, parágrafo 2 de la mencionada Ley 33 de 1985 y, en esa medida, el reconocimiento pensional en cuanto a la edad estaba gobernado por la Ley anterior -6 de 1945 (50 años) y con 20 años de servicio.

¹⁴ En efecto, la Ley 6ª de 1945 establece para efectos de obtener el derecho a la pensión, acreditar 50 años de edad y 20 de servicio, para hombres y mujeres.

La Sala debe aclarar que, si bien los Decretos 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, modificaron la edad de jubilación dispuesta en la Ley 6 de 1945, dichas normas fueron derogadas por la Ley 33 de 1985 por lo que la misma nos devuelve a la Ley 6 de 1945, como régimen anterior aplicable y precisamente en virtud del régimen de transición dispuesto en la Ley 33 de 1985 es el que permite beneficiar al actor de la favorabilidad y la confianza legítima de alcanzar su pensión conforme a la expectativa que tenía en virtud de la norma que le resulta aplicable a su caso- Art. 1, Parágrafo 2 de la Ley 33 de 1985 en concordancia con la Ley 6 de 1945.

El Consejo de Estado, en un caso de un trabajador del orden nacional que acreditó estar vinculado por más de 15 años de servicios a la vigencia de la Ley 33 de 1985, señaló de manera concordante¹⁴:

"...la Ley 33 de 1985 que establecía en el parágrafo 2 del artículo 1º la posibilidad para los trabajadores del orden nacional de continuar sometidos a las disposiciones anteriores, respecto a la edad de jubilación con la condición de que hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio a la fecha en que entró en vigencia la ley, esto es el 13 de febrero de 1985, fecha en que fue promulgada. El actor prestó sus servicios como docente del 1 de abril de 1967 al 1 de agosto de 1971 (fl. 9) y del 13 de abril de 1972 hasta la actualidad (fl. 10), por lo que para el 13 de febrero de 1985, contaba con 17 años y 2 meses de servicio. En consecuencia, es claro que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación con 20 años de servicio y 50 años de edad, por disfrutar del régimen especial de pensiones consagrado en la Ley 6 de 1945. No es de recibo el argumento del a quo para negar la prestación pues si bien es cierto los Decretos 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, modificaron la edad de jubilación dispuesta en la Ley 6 de 1945, dichas normas fueron derogadas por la Ley 33 de 1985 por lo que la misma nos devuelve a la Ley 6 de 1945, como régimen anterior aplicable. Precisamente es el régimen de transición dispuesto en la Ley 33 de 1985 el que permite aplicar el régimen anterior establecido por la Ley 6 de 1945. La prestación se reconocerá a partir del 28 de febrero de 1997, fecha en que cumplió 50 años de edad (fl.7) dado que la petición fue presentada el 6 de mayo de 1997 (fl. 2)."



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

Bajo este mismo hilo conductor y como se probó que el actor **nació el 12 de junio de 1940**¹⁵, el status de pensionado lo adquirió al cumplir los 50 años y acreditar 20 años de servicios, esto es, con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel nacional -1 de abril de 1994, porque como quedó visto, trabajó sin solución de continuidad desde el **21 de marzo de 1969 hasta el 30 de octubre de 1991**, cuando se le aceptó su renuncia mediante Resolución 4371 de 1991¹⁶. Como el régimen de transición no incluyó el monto ni los factores salariales para liquidarla, los mismos continuaron siendo los contemplados en la Ley anterior, esto es, la Ley 33 de 1985 en concordancia con la Ley 6ª de 1945; artículo 45 del Decreto 1045 de 1985, conforme se expuso en el marco jurídico de esta sentencia.

Así las cosas y en consideración a que el actor adquirió el status jurídico de pensionado con antelación a la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se liquide su pensión de vejez con el 75% del promedio de todos los factores devengados y cotizados durante el último año de servicio -30 de octubre de 1990 a 30 de octubre de 1991 y no como se efectuó en los actos acusados, aplicando el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con los factores de salario enlistados en el Decreto 1154 de 1998.

Por lo precedente, la Sala concluye que en los actos acusados se interpretó equivocadamente la Ley 33 de 1985 y se aplicó indebidamente la Ley 100 de 1993, al reconocerse pensión de vejez al actor cuando cumplió 55 años con una tasa de remplazo del 75% del promedio de lo devengado durante los años 1991 a 1994 incluyendo solo la ASIGNACIÓN BÁSICA, desconociendo que tenía derecho a percibirla a los 50 años y con 20 años de servicio, con una tasa de remplazo del 75% del promedio de todos los factores de salario devengados y certificados en el último año de servicios: ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIOS, SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN Y BONIFICACIÓN POR SERVICIOS,¹⁷ conforme se probó con las certificaciones allegadas al expediente. En caso de que la entidad tenga dudas respecto de que tales aportes se hubiesen efectuado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, habrá de efectuar su comprobación y en el evento de no haberse realizado llevarlos a cabo como lo ordenó la A-quo.

La Sala debe precisar que, no se modificará la sentencia en cuanto al restablecimiento del derecho del actor respecto de la reliquidación de la pensión a la fecha de adquisición del status como beneficiario del régimen de transición previsto en el Artículo 1, Parágrafo 2 de la Ley 33 de 195, porque la sentencia no fue apelada y la Sala está limitada a la impugnación propuesta por la UGPP.

Conforme los argumentos anteriores, la sentencia de primera instancia será confirma aclarando que el demandante se encuentra dentro del régimen

¹⁵ FI 76

¹⁶ FI 55

¹⁷ FI 63 y 85



Radicado: 13001-33-33-013-2014-00129-01

de transición que estableció la Ley 33 de 1985, y que, por ende, su situación pensional la gobierna el régimen anterior previsto en la Ley 6ª de 1945.

5.3 Condena en costas en segunda instancia.

El artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.– señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.** En ese sentido, habiendo sido resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se encuentra procedente la condena en costas en su modalidad de gastos del proceso a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada de manera concentrada por la juez de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha tres (03) de noviembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo de Cartagena, conforme las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por la Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

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

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS