



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

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	13001-33-33-011-2014-0439-01
Demandante	ROSA ELENA ZABALA SERPA
Demandado	UGPP
Tema	Reliquidación Pensión –Régimen de Transición – Inclusión de factores salariales. REVOCA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

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

1.1 Pretensiones.

Se sintetizan así:

Se declare la nulidad de i) la Resolución RDP 018134 del 10 de junio de 2014, por medio de la cual la UGPP, niega la reliquidación de la pensión de vejez de la señora ROSA ELENA ZABALA CERPA, ii) Resolución RDP 025937 del 26 de agosto de 2014, por medio de la cual la UGPP, en sede de apelación confirma la decisión tomada en la Resolución RDP 018134 del 10 de junio de 2014, y iii) las Resoluciones 21390 de 5 de junio de 2009 que reconoció la pensión de vejez de la actora y 051976 de 6 de mayo de 2011 que modificó la anterior.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita: i) se ordene a la demandada la reliquidación de la primera mesada pensional de la actora con inclusión de todos los factores salariales que no fueron tenidos en cuenta en las resoluciones 21390 de 5 de junio de 2009 y PAP 051976 de 6 de mayo de 2011, en el periodo comprendido entre el 8 de febrero de 1998 y el 8 de febrero de 2008, ii) ordenar la actualización y/o indexación de los valores percibidos hasta el año 2009, previa determinación del IBL de la primera mesada pensional de la actora, iii) reconocer y pagar las diferencias dejadas en su mesada pensional, iv) ordenar el pago de intereses moratorios, v) se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, y v) se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

1.2 Hechos relevantes planteados

- 1.2.1 La demandante es beneficiaria del régimen de transición y en la resolución que le reconoció la pensión de vejez no se incluyeron los factores salariales que retribuyen el servicio en los últimos 10 años, tales como: subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad.
- 1.2.2 Mediante Resolución 051976 de 6 de mayo de 2011, se aumentó el IBL de la pensión en un 78.96%, sin que se incluyera la totalidad de los factores salariales indicados en el hecho anterior.
- 1.2.3 Posteriormente en fecha 21 de abril de 2014, se solicitó nuevamente la reliquidación de la pensión, siendo negada por la UGPP mediante Resolución RDP 018134 del 10 de junio de 2014, decisión que fue confirmada mediante Resolución No. RDP 025937 de 26 de agosto de 2014.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Decreto 1042 de 1978
Decreto 1045 de 1978
Ley 33 de 1985
Ley 62 de 1985
Ley 100 de 199, artículos 21, 33, 34 y 36.

Señala que los actos acusados fueron expedidos con falsa motivación y con violación de las normas en que el acto debía fundarse, porque todo lo devengado por el trabajador por la prestación de sus servicios debe entenderse como salario y en consecuencia incluirse en el cálculo del ingreso base de liquidación para efectos de determinar el valor de la mesada pensional.

Agrega que al ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la pensión debe ser liquidada en los términos de la Ley 33 de 1985, de manera que en aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, deben ser incluidos todos los factores salariales devengados y enunciados en el Decreto 1045 de 1978, por ser más beneficiosa.

Más adelante y de manera contradictoria agrega que, como adquirió es status pensional el 11 de septiembre de 2008 no se encuentra amparada a efectos de establecer el IBL en lo normado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino en lo establecido en el artículo 21 en concordancia con el artículo 34 ibídem, porque le es más favorable a su situación.

Afirma que al retirarse del servicio había cotizado al sistema de pensiones 1788 semanas, por lo que la reliquidación de su pensión debió haberse efectuado con la totalidad de factores que remuneraron su servicio durante los últimos diez (10) años aplicando el Decreto 1158 de 1994 en vez del Decreto 1042 y 1045 de 1978, porque aquél le resulta más favorable.





2. Contestación de la demanda¹

La UGPP se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que en el caso de la actora la pensión fue reconocida de conformidad con lo que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio o semanas cotizadas y el porcentaje de liquidación del régimen anterior y la forma de liquidación conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ahora el porcentaje de liquidación del 80% consagrado en el artículo 34 de la Ley 100 que fue modificado por el Artículo 11 de la Ley 797 de 2003, el cual establece una fórmula decreciente para calcular el monto de la pensión dependiendo del tiempo de servicio y de las cotizaciones realizadas se determina el porcentaje de reemplazo para otorgar la pensión de vejez, cuyo tope máximo es del 80% del IBL, pero este régimen no se aplicó a la demandante.

Enfatiza que se dio estricto cumplimiento al régimen de transición y se reconoció la pensión en los términos de la Ley 33 de 1985 pero teniendo en cuenta los factores del Decreto 1158 de 1994 y teniendo en cuenta si sobre los mismos se hubiesen efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

En ese sentido solicita la aplicación de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la manera de liquidar la pensión de los beneficiarios del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir de la Sentencia C-634 de 2011, considerando que, el Ingreso Base de liquidación está constituido solo por los factores salariales que tengan el carácter remuneratorio y sobre los cuales se hayan realizado aportes, 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.

Propuso las excepciones de prescripción de la acción, inexistencia de la causa petendi y cobro de lo no debido, falta de derecho para pedir, buena fe, falta de cotizaciones de factores salariales, inexistencia de la indexación para el caso y genérica.

3. Sentencia de Primera Instancia².

Mediante sentencia de fecha once (11) de enero de dos mil diecisiete (2017), el Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución RDP018134 de 10 de junio de 2014 y la Resolución RDP 025937 del 26 de agosto de 2014 proferidas por la UGPP, ordenando: i) reliquidar la pensión de vejez de la actora en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el año anterior a la adquisición del derecho pensional, pero incluyendo factores salariales como: sueldos, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios

¹ Folios 101-111.

² Folios 247-270.





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

prestados, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad y promedio recargo mensual, ii) actualizar la base pensional según la fórmula señalada, iii) y declaró prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 21 de abril de 2011.

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

4. Recurso de apelación³.

La entidad accionada apeló la sentencia y solicitó revocar la sentencia de primera instancia, teniendo cuenta como primer argumento que el problema jurídico fijado en el presente asunto, consistía en determinar si la aplicación de la Ley 100 modificada por la Ley 797 de 2003, permitía la inclusión de la totalidad de los factores salariales, lo cual resulta distinto a lo resuelto por el juez de primera instancia.

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

Señaló que la entidad aplica las siguientes reglas de interpretación para aplicar 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.

Por último, solicitó revocar la condena en costas impuesta y apela al criterio subjetivo para la valorar la no condena, dado que hubo propiedad parcial de las excepciones y además en el presente asunto ha sido muy discutido y álgido su interpretación.

³ Folio 264-270.



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

5. Trámite procesal de segunda instancia.⁴

Mediante auto de fecha dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5.1 Alegatos de conclusión.

5.1.1 Parte demandada ⁵

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.1.2 Parte demandante⁶.

Solicitó confirmar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y afirmando que a la actora le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985 por ser beneficiaria del régimen de transición, tal y como ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, y concretamente la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016.

5.1.3 Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia no se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA. Sin embargo, ninguna de las partes ni el Ministerio público objetó el trámite procesal adelantado.

Con respecto a la actuación procesal de segunda instancia, se cumplió lo de Ley, procediéndose 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.

⁴ Folio 290.

⁵ Folios 293-301.

⁶ Folios 302-303.



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.

La UGPP impugnó la sentencia afirmando que se debe revocar porque el juez de primera instancia no tuvo en cuenta para resolver la controversia el problema jurídico fijado, esto es, la reliquidación de la pensión de la actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, que fue la norma invocada para alegar la ilegalidad de los actos acusados y que la demandante no tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con todos los factores devengados durante el último año de servicios. Así mismo, difiere en cuanto a las costas.

Por lo precedente, se debe formular el siguiente interrogante:

¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia, porque, conforme a los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 (normas innovadas por la parte actora), la señora ELOISA LORDUY BARRIOS no tiene derecho a ser beneficiaria a que el IBL de su pensión de vejez se reliquide con todos los factores devengados en el último año de servicios como lo ordenó el juez de primera instancia?

3. Tesis

La sentencia de primera instancia se debe revocar, porque el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que la actora en su demanda y en vía gubernativa solicitó por favorabilidad la aplicación de la Ley 100 de 1993 y para la liquidación del IBL, el Decreto 1158 de 1994 y no la Ley 33 de 1985. En ese orden, no le era dable declarar la nulidad de los actos acusados, para ordenar reliquidar la pensión de vejez con fundamento en dicha Ley 33 de 1985 con una tasa de remplazo del 75% y un IBL consistente en todos los factores devengados en el último año de servicios.

La controversia se centraba en establecer si, como lo aduce la demandante los factores correspondientes al subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad debían ser incluidos en la reliquidación de su pensión así no estuvieran enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

Por lo anterior y como el A-quo aplicó al caso de la actora una norma que no solicitó y que no resultaba aplicable al caso concreto, incurrió en defecto sustantivo por lo que habrá de revocarse la sentencia.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

4.1. Principios.

Se tendrán en cuenta los siguientes principios: i) igualdad en la aplicación de la ley, que exige tratar de manera igual situaciones análogas a partir de la Unificación de la jurisprudencia de las altas Cortes; (ii) seguridad jurídica, (iii) rigor judicial y coherencia en el sistema jurídico. Con fundamento en ellos, realiza la subsunción del asunto en el precedente contenido en las Sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-631 de 2017, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017; el que a su vez, concuerda en lo fundamental, con la decisión reciente de Unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018. Ambas Corporaciones, recalcaron que, a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación se calcula con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem y los factores a tener en cuenta son aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema de Pensiones.

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

Para quienes consoliden la situación jurídica y adquieran el derecho a gozar de la pensión de jubilación bajo las reglas previstas en la Ley 33 de 1985, la Ley 100 de 1993, en su artículo 117 dispuso que se respetará el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior. Dicha norma fue declarada exequible⁸ 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:

7 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."

⁸ 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: 13001-33-33-011-2014-00439-01

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

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

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

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

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

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

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un 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".





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

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."

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 iguales⁹. 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".

⁹ 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: 13001-33-33-011-2014-00439-01

La regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada por la Sala

Plena de lo Contencioso Administrativo fue la siguiente:

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

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

"[...] 85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

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

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

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

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



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

"[...]"

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

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

Sobre los factores, el Decreto 1154 de 1998 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



Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

Ley 100, fue declarado exequible¹⁰ por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-168 de 1995¹¹, con base en el principio del respeto de los derechos adquiridos y de la condición más beneficiosa en materia laboral.

Sobre el particular, en la referida sentencia, expresó:

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

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

[...]

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

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

¹⁰ 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".

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador [...]".

Conforme lo precedente, si el trabajador acoge la aplicación del artículo 21¹² en su inciso final de que se liquide el IBL con fundamento en toda su vida laboral; siempre que hubiese cotizado más de 1250 semanas, debe renunciar al régimen de transición, porque la ley 100 de 1993 se le debe aplicar en toda su integridad, esto es, el régimen ordinario de liquidación de la pensión de jubilación. (Art. 288 Constitucional).

5. El caso concreto.

5.1 Hechos relevantes probados.

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

- 5.1.1 La demandante nació el 11 de septiembre de 1953, como consta en su documento de identidad obrante dentro del proceso (Fl. 11).
- 5.1.2 Adquirió el status de pensionada el día 11 de septiembre de 2008, al cumplir los 55 años de edad, según se reconoció en la Resolución 21390 de fecha 5 de junio de 2009 (Fl. 33-37), por medio de la cual CAJANAL le reconoció la pensión de Vejez.
- 5.1.3 Prestó sus servicios en la Empresa Social del Estado – Hospital Montecarlo del Carmen de Bolívar como empleada pública, desde el día 1 de mayo de 1973 hasta el 7 de febrero de 2008 desempeñando el cargo de AUXILIAR DEL ÁREA DE LA SALUD (Fl.49).
- 5.1.4 Mediante la **Resolución 21390 de fecha 5 de junio de 2009**(Fl.33-37), CAJANAL le reconoció a la accionante pensión de vejez, respetando

¹² El Artículo 21 de la Ley 100 de 1993 a la letra reza:

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

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





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad y tasa de remplazo, esto es, a los 55 años de edad y con el 75% de lo devengado durante las anualidades 2003 a 2008, teniendo en cuenta la ASIGNACIÓN BÁSICA, HORAS EXTRAS Y BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, dando aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- 5.1.5 Con **Resolución No. PAP 051976 del 6 de mayo de 2011** (Fl. 38-43), CAJANAL en Liquidación, modificó la Resolución 21390 de fecha 5 de junio de 2009 por medio de la cual se reconoció la pensión de vejez de la accionante con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con la Ley 33 de 1985 sobre el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, y, al efectuar un nuevo estudio, decidió aplicar por favorabilidad los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003 que modificaron los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de remplazo del 78.96% sobre el salario promedio devengado durante los últimos diez años e incluyendo los siguientes factores de salario devengados durante ese mismo periodo: ASIGNACIÓN BÁSICA, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y HORAS EXTRAS.
- 5.1.6 Mediante **Resolución No. RDP 000268 del 8 de marzo de 2012**(FL.44-48), la UGPP, negó la solicitud de reliquidación pensional elevada por la actora, en la que pretendía que se reliquidara su pensión con el 85% del promedio de todos los factores devengados en los últimos diez años, aduciendo que a pesar de ser beneficiaria del régimen de transición, se modificó la Resolución que le reconoció la pensión de vejez porque aplicando el principio de favorabilidad para ella le resulta más beneficioso que su pensión se reliquide no con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino con base en la Ley 797 de 2003, con una tasa de remplazo del 78.96%.
- 5.1.7 Mediante **Resolución RDP 018134 del 10 de junio de 2014** (Fl. 20-24), se negó la reliquidación pensional elevada por el actor obrante a folios 13 y 15, a través de la cual solicitaba la inclusión de todos los factores percibidos durante los 10 últimos años de servicios así no estén enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y la aplicación de los artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.
- 5.1.8 Mediante la **Resolución No. RDP 025937 del 26 de agosto de 2014 (Fl. 29-31)**, se confirmó la decisión contenida en la Resolución RDP 018134 del 10 de junio de 2014.
- 5.1.9 La accionante devengó los siguientes emolumentos desde enero de 1998 a 2008¹³:

1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003:
SUELDO BÁSICO
PRIMA DE ALIMENTACIÓN
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS

¹³ Fl. 52-55.





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

PRIMA DE VACACIONES
PRIMA SEMESTRAL
PRIMA DE NAVIDAD
PROMEDIO RECARGO MENSUAL

2004: SUELDO BÁSICO,
SUBSIDIO DE TRANSPORTE,
PRIMA DE ALIMENTACIÓN
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS,
PRIMA DE VACACIONES
PRIMA DE NAVIDAD
PROMEDIO RECARGO MENSUAL.

2005 Y 2006:
SUELDO BÁSICO
SUBSIDIO DE TRANSPORTE,
PRIMA DE ALIMENTACIÓN
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS,
PRIMA DE VACACIONES
PRIMA SEMESTRAL,
PRIMA DE NAVIDAD Y
PROMEDIO RECARGO MENSUAL.

2007: SUELDO BÁSICO.,
PRIMA DE ALIMENTACIÓN
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS,
PRIMA DE VACACIONES
PRIMA SEMESTRAL, Y
PROMEDIO RECARGO MENSUAL.

2008: SUELDO BÁSICO.
SUBSIDIO DE TRANSPORTE,
PRIMA DE VACACIONES
PRIMA SEMESTRAL, Y
PRIMA DE NAVIDAD.

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

De la valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico, se puede concluir que, la sentencia de primera instancia se debe revocar, porque el A-quo aplicó a la situación de la actora la Ley 33 de 1985, cuando ésta expresamente solicitó que no se le someta a esta Ley, y que por el contrario se le reconozca y reliquide la pensión con fundamento en la Ley 100 de 1993, de tal manera que el IBL de su pensión de vejez se contabilice con el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años de servicios como lo dispone esta norma y aplicando los artículos 34 y 21 ibídem y el Decreto 1158 de 1994.

Conforme lo precedente, existe una total incongruencia entre lo pedido y lo resuelto por el juez de primera instancia en su sentencia, porque la actora expresamente solicitó que a pesar de ser beneficiaria del régimen de





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por favorabilidad se le debía aplicar el régimen general de pensiones.

En el caso concreto no se discute que la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por ello la Sala se releva de su estudio.

Sin embargo, respecto de la pretensión de la accionante de renunciar al régimen de transición, la Sala debe precisar que, la misma resultaba viable como se resaltó en el marco jurídico de esta providencia, dado que, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, permite que el beneficiario de la pensión de vejez renuncie al mismo y opte por que se le aplique a su caso la totalidad de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando haya cotizado como mínimo 1250 semanas.

Esta norma a la letra reza:

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

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

Esta interpretación es acogida por la Sala, en consideración a que el artículo 36 de la Ley 100, fue declarado exequible¹⁴ por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-168 de 1995¹⁵, con base en el principio del respeto de los derechos adquiridos y de la condición más beneficiosa en materia laboral.

Conforme lo precedente, si el trabajador acoge la aplicación del artículo 21 en su inciso final de que se liquide el IBL con fundamento en toda su vida laboral siempre que hubiese cotizado más de 1250 semanas debe renunciar al régimen de transición en su totalidad, porque dicha norma se le debe aplicar en toda su integridad, esto es, el régimen ordinario de liquidación de la pensión de vejez, dado el principio de inescindibilidad de la norma. (Art. 288 Constitucional).

¹⁴ 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".

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

Al respecto, la actora considera que al haber escogido la aplicación plena de la Ley 100 de 1993 para su caso y al haber cotizado más de 1788 semanas, tanto el monto de su pensión como el IBL debe ser liquidado conforme al Régimen General de Pensiones, es decir no con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicios como lo dispone la Ley 33 de 1985 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 para el monto (porcentaje), y el IBL previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, con el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años de servicios pero incluyendo todos los factores de salario devengados, así no estén enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

Es decir, la actora hace una inescindibilidad de la norma que no está permitida, porque al solicitar la aplicación plena de la Ley 100 de 1993, debe aceptar que el monto de la pensión y el IBL de la misma se rijan con los factores devengados que constituyan salario y haya cotizado al Régimen de Pensiones.

En este orden de ideas y como la discrepancia de la actora está en los factores devengados que se deben incluir para liquidar su pensión de vejez, así no estén enlistados en el Decreto 1158 de 1994, es decir en la liquidación del **IBL**, la Sala debe resaltar que tal pretensión no está llamada a prosperar conforme la postura Jurisprudencial del H. Consejo de Estado expuesta en la sentencia de Unificación de la Sala Plena de fecha 28 de Agosto de 2018 que concuerda, en lo relevante, con el criterio de la H. Corte Constitucional citado en el marco de esta providencia, por cuanto el ingreso base de liquidación y los factores salariales por aplicar deben ser los consagrados en la Ley 100 de 1993; enlistados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

La actora reclama le sean incluidos los factores de subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, los cuales al no estar enlistados en dicha norma no pueden ser tenidos en cuenta.

Respecto de la **BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD** que sí hace parte de tales factores y que también reclama, no probó haberla devengado como se logra extraer de las certificaciones visibles a folios 52 a 61 del expediente, como tampoco haber efectuado los respectivos aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Al contrario, en la Resolución No 21390 de fecha 18 de agosto de 2009 por medio de la cual se reconoció la pensión de vejez de la actora, se tuvieron en cuenta los factores de **ASIGNACIÓN BÁSICA, HORAS EXTRAS Y BONIFICACIÓN POR SERVICIOS**, los cuales al estar enlistados en el Decreto 1158 de 1994 sí debían ser tenidos en cuenta.

Por lo anterior, los actos acusados se encuentran ajustados a la legalidad y en ese orden la sentencia de primera instancia será **REVOCADA**.





Radicado: 13001-33-33-011-2014-00439-01

6. Condena en costas en segunda instancia.

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

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha once (11) de enero 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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

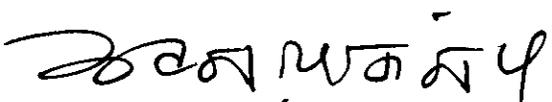
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

