Cartagena de Indias D. T. y C, veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2014-00090-00
Demandante	JOSEFINA SERPA OSPINO
Demandado	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP
Tema	*Reliquidación pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Transición.*
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de fecha catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Segundo (02) Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

2.1.1 Pretensiones.

"PRIMERA: declárese la nulidad parcial de la resolución n° PAP 012110 de fecha 31 de agosto de 2010, que le reconoció y ordeno el pago de su pensión mensual vitalicia de vejez a la señora JOSEFINA SERPA OSPINO de acuerdo con lo establecido en los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, a partir del 15 de abril de 2009.

SEGUNDA: declárese la nulidad de la resolución n° RDP 010958 del 8 de octubre de 2012, por medio del cual se niega el derecho que tiene mi poderdante JOSEFINA SERPA OSPINO a reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta el régimen de transición respecto de la ley 33 de 1985.

TERCERA: declárese la nulidad del acto ficto o presunto negativo producto del silencio administrativo generado por no resolver el recurso de apelación que se radico el día 30 de octubre de 2012 en contra de la resolución N° RDP 010958 del 8 de octubre de 2012, ya ha pasado mas de un año de presentado dicho recurso sin recibir respuesta alguna.

CUARTA: como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez de la demandante, conforme lo prescribe la ley 33 de 1985 en su art. 1 y que le fue reconocida mediante resolución N° PAP 012110 de fecha 31 de agosto de 2010.

Quinta: que se reliquide la pensión a partir del 15 de abril de 2009, fecha en que mi mandante se retiró del servicio. La reliquidación deberá hacerse con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, conforme lo dispuesto por el art. 1 de la ley 33 de 1985."

1.2. Hechos

Se resumen así:

"1. Mi poderdante la señora JOSEFINA SERPA OSPINO presento solicitud de pensión de vejez por haber cumplido con los requisitos de ley para acceder a la misma, ante la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL EICE EN LIQUIDACION, el día 3 de octubre de 2007, radicada bajo el número 29647.

2. la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL EICE EN LIQUIDACION, a través de acto administrativo, resolución N PAP012110 de fecha 31 de agosto de 2010, le reconoció y ordenó el pago de su pensión mensual vitalicia de vejez de acuerdo con lo establecido en los art. 33 y 34 de la ley 100 de 1993, a partir del 15 de abril de 2009.

(...)

5. el día 29 de junio de 2012 se presentó solicitud de reliquidación de pensión de vejez ante la UGPP, dicha entidad a través de resolución N° RDP 010658 del 8 de octubre de 2012, niega el derecho que tiene mi poderdante JOSEFINA SERPA OSPINO a reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta el régimen de transición respecto de la ley 33 de 1985.

6. en contra de la resolución Nª RDP 010958 del 8 de octubre de 2012 se presentó recursos de apelación el día 30 de octubre de 2012, EL cual a la fecha tiene más de un año sin haber sido resuelto por dicha entidad. No obstante, ello, es decir, n haber obtenido respuesta alguna, se entiende agotada la vía gubernativa respecto a tales actos.
(...)"

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

1) Constitucionales: artículos 48 y 53.

2) Legales: ley 100 de 1993, art36, acto legislativo n° 1 de 2005, ley 33 de 1985 art. 1 de la ley 797 de 2003, art. 114 de la ley 1395 de 2010.

Se aduce de manera de conclusión, que las pensiones de jubilación deben liquidarse con fundamento en el correspondiente estatuto. La remuneración, para estos efectos, es todo lo percibido por el empleado o trabajador oficial por causa, directa o indirecta de su vinculación laboral, concepto este que se adapta perfectamente al caso concreto, en donde la caja nacional de previsión social, actualmente ugpp al liquidar la primera mesada pensional de

la señora JOSEFISA SERPA OSPINO, desconoce factores salariales que constituyen remuneración por la labor desempeñada y que a todas luces debieron ser incluidas a efectos de liquidar su pensión vitalicia de jubilación y/o vejez.

2. LA CONTESTACIÓN

En síntesis, la entidad accionada en el escrito de contestación de la demanda manifestó que la actora adquirió su status jurídico de pensionada, el 22 de junio de 2007, en vigencia de la ley 100 de 1993, además acredito cotizaciones al sistema general de pensiones en vigencia de la misma; lo cual implica que las normas aplicables para la liquidación, reconocimiento y pago de la pensión de vejez, estuvieron acordes con las disposiciones legales en que se apoyó al momento de proferir la resolución PAP 012110 de 31 de agosto de 2010, que reconoció y ordeno el pago de la pensión de vejez. Y en la resolución RDP 010958 de 8 de octubre de 2012 que negó reliquidar la pensión en la forma y disposiciones pretendidas en la demanda.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 309-311)

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del 14 de mayo de 2015, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, argumentando entre otras cosas que no se puede dividir la norma y que si la demandante hace parte del régimen de transición se le debe aplicar íntegramente la norma anterior esto quiere decir la ley 33 de la ley 1985.

4. RECURSO DE APELACIÓN

De la parte demandada (fs. 317-330)

La parte demandada en el recurso de apelación sostiene que, al momento de conceder el derecho pensional del actor mediante resolución n° PAP 12110 del 31 de agosto de 2010, teniendo en cuenta la adquisición del status jurídico de pensionado se realizó con base al 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios, incluyendo en la liquidación los factores salariales de: asignación básica y bonificación por servicios prestados, aplicando el decreto 1158 de 1994, ley 797 de 2003, decreto 01 de 1984. Esto teniendo en cuenta que adquirió el status (22 de junio de 2007) o derecho pensional; bajo la vigencia de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003.

De la parte demandante (fs. 331-333)

La parte demandante en el recurso de apelación sostiene que, el A quo fue equivoco al declarar la prescripción de las diferencias de las mesas recocer, debido a que si se toman las fechas ninguna supera el lapso de los tres años, para que opere la prescripción de las diferencias reclamadas.

5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 26 de noviembre de 2015, se admitió el recurso de apelación presentado por las partes dentro del presente asunto (f. 368 cuaderno 2) y por auto adiado el 30 de junio de 2016 se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto (f. 371 cuaderno 2)).

6. ALEGACIONES

La parte demandante alego de conclusión. (Fls. 373-375.)

La parte demandada presento sus alegatos. (fls. 376-384)

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en el presente caso.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III.- CONSIDERACIONES

Competencia

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

MARCO JURIDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La Sala, de conformidad con el artículo 328 del C.G.P. resolverá la apelación, la cual dispone:

> "Artículo 328. Competencia del superior.
>
> **El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.**
>
> **Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.**
>
> En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.
>
> El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.
>
> En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia." **(negrillas de la Sala)**

Con base a lo anterior y dado ambas partes apelaron la Sala de decisión resolverá solo los puntos apelados.

PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos de los recursos de apelación interpuestos por las partes actora y accionada, corresponde a esta Sala establecer si le asiste o no derecho a la señora JOSEFINA SERPA OSPINO, a que le sea reliquidada la pensión de vejez que le fue reconocida mediante resolución N° PAP 012110 de fecha 31 de agosto de 2010, teniendo en cuenta lo estipulado en el art. 1 de la ley 33 de 1985.

Tesis

La Sala de decisión modificará los numerales segundo de la sentencia apelada, en el sentido que se debe tener como IBL el promedio de lo devengado en los últimos 10 años; que no se configuro el fenómeno de la prescripción y confirmará los demás numerales, tal decisión se toma con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Marco normativo y jurisprudencial

Régimen de transición de la Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

> *"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 (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) 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 régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Las pruebas allegadas al expediente demuestran que el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, la accionante tenía más de 42 años de edad, por lo cual se encuentra amparada por el régimen de transición. En consecuencia, es pertinente determinar cuál era la norma anterior que regulaba su situación pensional para efectos de establecer la cuantía de la prestación reconocida por la entidad accionada.

Régimen pensional aplicable al caso concreto

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985,** cuyo artículo 1° dispone:

> *"ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá*

derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.(...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) sin son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"

El artículo 3° ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

"ARTÍCULO 1o. 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 la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para 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; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día 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 calcularlos aportes".

Sentido y alcance del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en aplicabilidad al IBL.

Respecto a la aplicabilidad y alcance del el art. 36 de la ley 100 de 1993, en lo que se refiere a IBL, existió una diferencia entre el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en el sentido de cual IBL – ingreso base de liquidación -, era aplicable para la liquidación de la pensión si el último año

que presto el servicio o el promedio devengado en los último diez (10), por el empleado.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se establecieron nuevos parámetros para el otorgamiento de las pensiones que hasta ese momento eran diversos según el régimen pensional al que estuvieran afiliados; sin embargo en el artículo 36 de la norma, se le dio un tratamiento preferencial a las personas que se encontraran en transición, es decir, que estuvieran a portas de adquirir su derecho pensional, ya sea por el tiempo de servicio o por la edad que tuvieran al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, conservando el derecho a pensionarse con la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y en el monto que estuviese establecido en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados.

Sin embargo, el inciso 3° del mencionado art. 36 de la Ley 100 de 1993 señaló:

> *"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.*

Frente a lo dispuesto en el inciso antes descrito, el H. Consejo de Estado desarrolló la tesis jurisprudencial de aplicación del principio de inescindibilidad de la Ley en virtud de la favorabilidad que opera en materia laboral conforme al Art. 53 de la Constitución Política.[1]

Bajo este criterio jurisprudencial, se venía entonces considerando que aquellos pensionados a quienes les fuera aplicable el régimen de transición, les asistía el derecho a que se le reliquidara su pensión de jubilación con el 75% del promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, tal como lo dispone la ley 33 de 1985, régimen el cual debía aplicarse de manera integral según lo prohijado por el H. Consejo de Estado, quien había señalado: *"La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993."* (Consejo de Estado Sentencia de 7 de junio de 2007. Consejero Ponente. Alejandro Ordoñez Maldonado. Exp.5852-05).

En cuanto a los factores que determinaban el ingreso base de liquidación, había sido un asunto ampliamente discutido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, frente al cual se plantearon diferentes tesis, que luego fueron unificadas por el Consejo de Estado, señalando que las pensiones de jubilación del personal regido tanto por los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de

[1] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección A. C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicado No.: 25000-23-25-000-2003-07987-01 (0836-08). Bogotá, dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010).

1978, como por las leyes 33 y 62 de 1985, debían ser liquidadas con base en el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, es decir aquellas sumas que percibe el servidor de manera habitual y periódica como contraprestación de sus servicios, no obstante de la denominación que se les diera.

Pese a que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pareciera haber definido entonces el alcance interpretativo que debía darse al inciso 3° del Art. 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 señaló que el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traducía en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, sin que el ingreso base de liquidación (IBL) fuera un aspecto a tener cuenta en dicho régimen, razón por la cual, respecto al IBL se debía estar sujeto a lo establecido en el Art. 36 de la tan mencionada Ley 100.

Posteriormente, la misma Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-230 de 2015 señaló:

> *"Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca."*

Ahora bien, el H. Consejo de Estado como máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, frente a las consideraciones de la H. Corte Constitucional en las sentencias antes referidas, en un primer momento consideró que estas no se extendían a las pensiones de los regímenes especiales del sector público que tenían características excepcionales o privilegiadas[2], criterio que fue adoptado en anteriores oportunidades por este Tribunal.

Sin embargo, esta posición ha sido revaluada por la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, que en sentencia del 19 de enero de 2017 en el proceso radicado 11001-03-15-000-2016-02772-01(AC), ha establecido las razones por las cuales, se debe acatar el precedente jurisprudencial constitucional establecido en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 incluso por encima de las consideraciones que sobre la materia ha realizado el mismo Consejo de Estado.[3]

---

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de abril de 2016, radicación 11001-03-15-000-2016-00031-00(AC), Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

[3] *"Es tesis de esta Sala lo concerniente a la fuerza vinculante de las sentencias C y las de unificación de la Corte*

Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017[4], la Sala Plena de la Corte Constitucional, reconoció que, inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el IBL hacía parte de la noción del *monto* de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993[5]. Bajo este criterio, los beneficiaros del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; tal y como lo había acogido el Honorable Consejo de Estado en su sección segunda y que solo era aplicable lo determinado en el inciso 3° del mencionado artículo 36 la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión[6]. No obstante, como ya lo mencionó en posteriores providencias y en especial en la de marras, la Corte explicó que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios[7].

Constitucional, así como lo es también su carácter prevalente sobre las interpretaciones de las demás altas corporaciones, por cuanto el referido Tribunal tiene a su cargo la guarda de la supremacía de la Carta Política y, por lo tanto, resulta ser el intérprete autorizado de las disposiciones legales desde el punto de vista de su concordancia con los dictados de la Constitución[3]*:*

«... cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República, sin distingo alguno.

(....)

Sobre la base del criterio expuesto, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, cuando definen el contenido y alcance de un texto legal desde la perspectiva propia de los postulados superiores, prevalecen sobre las interpretaciones de las demás altas corporaciones, entre ellas el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Significa lo anterior que aún bajo la circunstancia de que una posición jurisprudencial haya hecho tránsito en cualquiera de las altas corporaciones, si tal criterio difiere del sentado por la Corte Constitucional en sus sentencias C y las de unificación, ha de prevalecer el de esta última, por cuanto en el ejercicio de sus funciones está fijando doctrina constitucional que tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República.

(...)

Contrario a las razones expuestas por el Tribunal demandado con su decisión, la Sala considera que esta autoridad judicial incurrió en el defecto por desconocimiento del precedente con la providencia del 29 de marzo de 2016, toda vez que no aplicó el pronunciamiento de la Corte Constitucional plasmado en la sentencia SU - 230 de 2015 (publicada el 6 de julio de 2015), cuya regla que excluye el ingreso base de liquidación dentro del régimen de transición, prevalece sobre las interpretaciones de las demás altas corporaciones.

Al respecto, conviene recordar que en un asunto similar esta Sección consideró:

«...la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993...»[3].

[4] M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

[5] Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

[6] Ídem.

[7] Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.

Por lo que todas las personas que sean beneficiarias al régimen de transición que establece el art. 36 de la ley 100 de 1993, le es aplicable la norma anterior que le regia en lo concerniente a los requintos para pensionarse y en lo referente al IBL, le es aplicable el numeral 3 de la ley ya mencionada.

De los factores salariales

En lo atinente a los factores salariales que han de tenerse en cuenta para determinar el monto de la pensión, el Consejo de Estado para proyectar un criterio uniforme, retomó la tesis primigenia según la cual los factores a incluir en la liquidación de la pensión a efecto de determinar el ingreso base de liquidación y posteriormente la cuantía de la misma serían **todos aquellos que hayan sido devengados por el empleado durante el último año de servicio anterior al retiro.**

La referida Corporación fundamenta este criterio sobre la base de los principios de favorabilidad, progresividad de las pensiones y primacía de la realidad sobre la formas, manifestando que el listado contemplado en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 anteriormente mencionado no es taxativo sino meramente enunciativo, por lo cual se abre la posibilidad de incluir en el monto de la pensión factores salariales diferentes a los allí contemplados, habida cuenta de que no debe entrarse en un retroceso en materia pensional al ir disminuyendo el monto de las pensiones sino por el contrario el monto debe tender al aumento en virtud de que la normativa anterior, esto es, el Decreto 1045 de 1978, tenía un listado enunciativo, más no taxativo. De allí que resulta ilógico tomar el listado de la normatividad posterior (Ley 33 de 1985) como taxativo, cuando la anterior abría la posibilidad de obtener un monto pensional mayor.

Bajo el lineamiento precedente se tendría que garantizar el derecho a la igualdad y evitar que se cause detrimento patrimonial al Estado, por lo cual, en caso de accederse a la inclusión de todos los factores salariales, de las sumas totales a cancelar por tal concepto, se debe ordenar el descuento de los aportes que no se hicieron oportunamente respecto de factores devengados.[8]

Se concluye entonces que solamente deben tenerse en cuenta a efecto de liquidar la pensión de jubilación aquellos factores devengados dentro del año anterior al retiro del servicio, **siempre y cuando estos constituyan salario**, pues,

[8] Ver sentencia del Consejo de Estado de calenda cuatro (4) de agosto de 2010 radicación No. 25000232500020060750901 N.° 0112-2009 con ponencia del Consejero VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDUA.

en los casos en que se haya devengado indemnización por vacaciones o bonificaciones por recreación éstas dos quedaran excluidas de la liquidación, por cuando no son consideradas como salario, criterio que se adoptará para efecto de dirimir el presente asunto.

El caso concreto.

Hechos relevantes probados.

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Se encuentra acreditado dentro del expediente que, la señora JOSEFINA CERPA OSPINO estuvo vinculada en calidad de empleada pública en la E.S.E. san juan de Dos Magangué desde 1973/07/25 hasta 1999/12/31 y de la Empresa Social del Estado Hospital San Martin de loba- Bolívar, en el cargo de Auxiliar Área de Salud - Enfermería, desde el 2000/05/02 hasta el 2009/04/14.

- Que a la accionante se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución No. PAP de 31 de agosto de 2010 expedida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., en cuantía de $896.268.99, equivalente al 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de diez (10) años, comprendido desde el 1998 hasta el 2009, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, efectiva a partir del 15 de abril de 2009.

- De acuerdo con cedula de ciudadanía se tiene que la actora nació el día 22 de junio de 1952, por lo que adquirió el estatus jurídico de pensionada el día el 31 de agosto de 2010; luego entonces, ello nos permite concluir que para la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), contaba con más de 42 años de edad, lo que significa que está amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 d de 1993. Como consecuencia de lo anterior, su pensión de jubilación, en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto, se rige por la normatividad anterior a dicha ley, es decir, la Ley 33 de 1985, que prescribe los requisitos de 55 años de edad y 20 años de servicio, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado durante el último año de labores.

- Se encuentra acreditado con el certificado expedido por auxiliar administrativo de fecha 26 de marzo de 2012, que la demandante en el último año de servicio, comprendido entre el 14 de abril de 2008 hasta el 14 de abril de 2009, devengó los siguientes factores salariales: (i) **sueldo;** (ii) **recargos,** iii)

prima de navidad, iv) **prima de vacaciones** y v) **bonificación por servicios prestados.**

-Que a través de las Resolución RDP 010958 de 08 de octubre de 2012 la UGPP. negó la reliquidación de la pensión de vejez que devengaba la accionante (Fls. 20-23), a la cual la accionante interpuso recurso de apelación, la cual hasta la fecha de presentación de la demanda no fue resulta configurándose el silencio administrativo negativo, entendiéndose negada tal recurso.

Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Como quiera que la demandante consolidó su derecho pensional después de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en el presente caso el Tribunal acoge y prohíja los criterios adoptados en la sentencia SU-210 de 2017, de la Corte Constitucional, esto es, aplicará los criterios sobre ingreso base de liquidación previstos en la ley ibídem, en el sentido de se debe tener en cuenta como IBL, el promedio de los últimos 10 años de servicios, que constituyen el régimen aplicable al caso en concreto.

Sea lo primero en señalar por esta Colegiatura, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional previamente expuesta y el material probatorio arrimado al expediente, la accionante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que para la fecha en que entró a regir esta ley – 1° de Abril de 1994-, tenía más de 42 años de edad y 21 años de servicios; cumpliendo así con los dos presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo.

Así mismo, se tiene que adquirió su estatus pensional después de la entrada en vigencia de la ley de marrras, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 31 de agosto de 2010; motivo por el cual los parámetros establecidos en la citada sentencia, resulta aplicable solo los requisitos y el porcentaje del régimen anterior y el IBL dispuso en la ley 100.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, se puede concluir que, en lo que respecta a la aplicación integral del régimen de transición, como quiera que la demandante se encontraba cobijada por el mismo, es claro que la reliquidación y pago de su pensión se debió realizar con base en el 75% del promedio de lo cotizado en los últimos diez (10) años de servicios, como acertadamente lo hizo la parte demandada, en la resolución de reconocimiento, debido a que como lo expuso la Corte Constitucional el régimen de transición solo cobija los requisitos y el momento mas no el IBL.

En este punto es bueno anotar, que con anterioridad a la vigencia de la Ley 10 de 1990 y en virtud a que la salud, como servicio público, estaba a cargo de la Nación, el Sistema Nacional de Salud, se estructuró y organizó con un régimen jurídico propio, aplicándoseles a los empleados públicos del subsector oficial, el régimen salarial y prestacional establecido para la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, derivándose de ello una connotación especial, para dichos empleados, consistente en que, aquellos vinculados a los Servicios Seccionales de Salud, a pesar de pertenecer al orden territorial[9], las normas aplicables en materia salarial y prestacional, eran las del orden nacional.

En consecuencia, los empleados públicos del sector salud, vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 10 de 1990, en materia salarial y prestacional, se rigen por las normas aplicables a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional; es decir, los decretos 1042 de 1978, 3135 de 1968, 1848 de 1968 y 1045 de 1978, Ley 70 de 1989, entre otras, tal como lo impone el artículo 30 de la Ley 10 de 1990, que a continuación reza:

> *"Artículo 30°.- Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley."* (Subrayas de la Sala)

En el caso en concreto, se encuentra acreditado que la demandante, estuvo vinculada a las Empresas Sociales del Estado Hospitales, de San Juan de Dios de Magangué y San Martin de Loba, como empleada pública desde el 25 de julio de 1973 hasta el 14 de abril de 2009, en el cargo de AUXILIAR ÁREA SALUD – enfermera , según da cuenta el certificado laboral visible a folio 40-43 y 63; por ende, se le aplica el régimen jurídico antes anunciado, con ello, le resultan aplicables los factores salariales, propios de un empleado del orden nacional. Lo anterior se fundamenta en lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 10 de 1990, que indica:

> *"Derechos Laborales. Las personas vinculadas a las entidades que se liquiden, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, serán nombradas o contratadas, según el caso, por las entidades territoriales o descentralizadas, a las cuales, se hayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de servicios de salud, sin perder*

[9] La Sala aclara que los empleados territoriales tienen derecho a la –prima de servicio, a partir del 1° de enero de 2015, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2351 de 2014. La Bonificación por servicios prestados fue creada para estos empleados por el Decreto 2418 de 2015 a partir del 1ª de enero de 2016

la condición específica de su forma de vinculación. A los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada. Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, o que hayan desempeñado cargos de carrera, sin pertenecer a ella, se les reconocerá continuidad en la carrera o el derecho de ingresar a ella, respectivamente.

En lo relativo a los cargos que sean suprimidos se aplicarán en materia laboral las mismas normas previstas en el Decreto 77 de 1987 y sus decretos reglamentarios, en cuanto sean compatibles, y se garantizará, igualmente, la continuidad en la carrera administrativa o su derecho a ingresar a ella.

***Parágrafo.-** La Nación responderá por el pago de las prestaciones adecuadas a la fecha de la liquidación o supresión de que trata el artículo anterior a las personas vinculadas a las entidades, dependencias o programas que se liquiden o supriman, según el caso, y cuya naturaleza jurídica sea del nivel nacional."*

Es de anotar que, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado[10], ha reiterado de manera clara y precisa, que los factores que sirven de sustento, a la liquidación de la mesada pensional, consignados en la ley, **son meramente enunciativos**.

Así las cosas, esta Colegiatura considera, que la decisión de primera instancia, debe ser Modificada, en razón a que, muy a pesar que la pensión de jubilación a la que tiene derecho la actora, se efectuó bajo parámetros de la Ley 33 de 1985, esto es, edad y tiempo de servicio, más no monto, la interpretación dada por la entidad demandada, en cuanto a la norma aplicable para calcular el ingreso base de liquidación y los factores a tener en cuenta, a la hora de liquidar la misma, es parcialmente correcta con la línea jurisprudencial esbozada, en el sentido que el IBL es el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicio.

Prescripción.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, preceptúa:

"Artículo 41°.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

Para determinar si hay lugar a declarar prescripción de mesadas pensionales, es preciso señalar lo siguiente:

[10] Consejo de Estado - Sección 2ª, sentencia de 13 de marzo de 2003, CP: ANA MARGARITA OLAYA FORERO, expediente N° 17001-23-31-000-1999-0627 - OH 4526-01.

la señora JOSEFINA SERPA OSPINO, le fue reconocida la pensión de vejez el día 31 de agosto de 2010; fecha en la cual empezó el cómputo para la prescripción de los tres años, el 29 de junio de 2012, la actora presentó escrito de solicitud de reliquidación pensional ante la UGPP, el cual interrumpió el termino de prescripción sin que se hubiere configurado, empezado a correr el termino nuevamente en la misma fecha de la solicitud y la demanda fue presentada el 24 de febrero de 2014, suspendiendo el término.

Así las cosas, al tener derecho a la pensión de vejez a partir del 31 de agosto de 2010, con la expedición del acto administrativo de reconocimiento, y al haberse detenido el termino de prescripción el 29 de junio de 2012, por primera vez y el 24 de febrero de 2014 por segunda vez, contando tres años hacia atrás de las fechas de interrupción del termino de prescripción, se evidencia que los valores anteriores, no se encuentran prescritos, de conformidad con lo establecido en la norma en comentario

Condena en costas en segunda instancia.

Teniendo en cuenta que ambas partes apelaron, además ambas ganaron en unos puntos recurrido y no asumieron en el proceso una conducta que lo hiciera merecedor a ello, tal como el haber incurrido en temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, en dilación sistemática del trámite o en deslealtad, debido a que se está en presencia de una Litis con variedad de pronunciamientos, la Sala no condenará en costas en el curso de la segunda instancia.

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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia fechada 14 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual quedara así:

> "**SEGUNDO:** como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordena reliquidar la pensión de JOSEFINA SERPA OSPINO identificada con la cedula de ciudadana n° 33.191.924 de Cartagena, aplicando el 75% de la liquidación con el promedio de los últimos 10 años, esto es, desde el 15 de abril de 1999 hasta el 14 de abril de 2009; incluyendo además de los reconocidos los siguientes factores salariales: salario básico, recargos, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, con efectos a partir de 15 de abril de 2009, por no haber operado el fenómeno de la prescripción."

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: 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 debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

ARTURO MATSON CARBALLO

Ausente en comisión[11]
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

[11] Acuerdo nº 035 de 13 de marzo de 2018. Consejo de Estado.