



13-001-33-33-005-2014-00103-01

Cartagena de Indias D. T. y C, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2014-00103-01
Demandante	CARLOS GREGORIO AREVALO MORAN
Demandado	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP
Tema	<i>Reliquidación pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Transición.</i>
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha dos (02) de junio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Quinto (05) Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

2.1.1 Pretensiones.

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en las resoluciones n° RDP 007482 del 19 de febrero, RDP 015520 de 08 de abril y RDP 017785 del 19 de abril de 2013, por medio de las cuales, se negó, al señor Carlos Gregorio Arévalo Moran el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión mensual vitalicia, a cargo de la UGPP.

A título de restablecimiento se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación, en la forma y términos indicados en las leyes 33 y 62 de 1985, en armonía con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

1.2. Hechos



13-001-33-33-005-2014-00103-01

El señor Carlos Gregorio Arévalo Moran, el 02 de febrero de 1968, ingreso a prestar sus servicios, al instituto Territorial INSCREDIAL, ahora INURVE hasta el 09 de agosto de 1990, por el espacio de 22 año, 6 meses y 7 días.

el actor nació el 02 de abril de 1942, e ingreso a la Caja Nacional de Previsión Social, el 02 de febrero de 1968 y a la fecha de retiro 09 de agosto de 1990, habiéndosele efectuado los descuentos legales, por todos los factores salariales.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- 1) Constitucionales: artículos 1, 2, 13, 25, 29, 46, 47, 48, 53, 58, 33 y 373.
- 2) Legales: art. 2, 7, 23 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; art. 3, 8 y 26 de la ley 74 de 1968; art. 6 y 21 de la ley 16 de 1972; ley 33 de 1985; ley 62 de 1985; decreto 3135 de 1968; decreto 1848 de 1969, ley 4 de 1992 y ley 100 de 1993.

Se aduce de manera de conclusión, que el actor reúne los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, pues contempló el tiempo de servicios exigidos, por lo que es una injusticia evidente la nugatoria a reconocer y pagar la reliquidación de su pensión de jubilación.

2. LA CONTESTACIÓN

En síntesis, la entidad accionada en el escrito de contestación de la demanda manifestó que la pretensión del actor, resulta improcedente habida consideración que, la demandada al momento de reconocer y pagar la prestación económica, ordena la actualización de la pensión con base en el índice de precios al consumidor.

Y por no existir fundamentos legales ni nuevos elementos de juicio que hagan variar la decisión tomada por mi representada en resolución 5431 de 13 de marzo de 1998, que permita un nuevo ajuste de valores, la demandada no debe prosperara, por ausencia del derecho del actor.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 309-320)

El Juzgado Quinto (05) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia del 02 de junio de 2015, concedió las pretensiones de la demanda, argumentando entre otras cosas que está acreditado que el demandante durante el último año de servicios, además de la asignación básica y



13-001-33-33-005-2014-00103-01

bonificación por servicios, devengó también los, prima de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicios, prima de navidad y rima de vacaciones, que deben ser factores salariales para IBL, por lo que considero que debe reliquidarse la pensión de jubilación del demandante.

Respecto a la pretensión de la indexación de la primera mesada expone que hubo actualización del IBL de 1990 a 1996 y para mantener el poder adquisitivo de la demanda accedió a decretar la indexación de la primera mesada pensional, respecto a esos nuevos factores salariales que se ordenan incluir en el periodo de 1990 a 1996.

4. RECURSO DE APELACIÓN

De la parte demandada (fs. 324-337)

La parte demandada en el recurso de apelación sostiene que, al conceder el derecho pensional del actor, 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, bonificación por servicios prestados y horas extras, aplicando el decreto 1158 de 1994, ley 797 de 2003, decreto 01 de 1984, esto teniendo en cuenta que adquirió el status o derecho pensional, bajo la vigencia de la ley 100 de 1993, por tal motivo solicita que se revoque el fallo.

Además solicita el estudio de la prescripción.

5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 04 de diciembre de 2015, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada (f. 364 cuaderno 2) y por auto adiado el 29 de junio de 2016 se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto (f. 363 cuaderno 2)).

6. ALEGACIONES

La parte demandante no alegó de conclusión.

La parte demandada presentó sus alegatos. (fls. 370-379)

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO



El Agente del Ministerio Público emitió concepto en estricto sentido lo siguiente:

"En virtud de todo lo anteriormente expuesto, este despacho solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda, en razón a que la pensión debe ser liquidada de acuerdo con lo establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y no teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios, como pretende la actora."

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 JURÍDICO 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 que solo la parte demandada apeló, se resolverá respeto a lo invocado.

PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos de los recursos de apelación interpuestos por la parte accionada, corresponde a esta Sala establecer si le asiste o no derecho al señor CARLOS GREGORIO ARÉVALO MORAN, a que le sea reliquidada la pensión de vejez que le fue reconocida mediante resolución N° 005431 de fecha 13 de marzo de 1998, teniendo en cuenta lo estipulado en las leyes 33 y 62 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 el tiempo que les hiciere falta para adquirir el status de pensionado y confirmará los demás numerales, tal decisión se toma con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

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



13-001-33-33-005-2014-00103-01

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 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, la accionante tenía más de 52 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 1º 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) si 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"



13-001-33-33-005-2014-00103-01

El artículo 3º ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º 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 3º 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.



13-001-33-33-005-2014-00103-01

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 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 3º 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

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



13-001-33-33-005-2014-00103-01

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 privilegiadas², 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

Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017⁴, la Sala Plena de la Corte Constitucional, reconoció que, inicialmente, en la jurisprudencia

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 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:"

"... 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 distinción alguna.

{...}

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..."⁴.

⁴ M.P. José Antonio Cepeda Amaris (E).



13-001-33-33-005-2014-00103-01

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 1993⁵. Bajo este criterio, los beneficiarios 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 pensión⁶. 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 servicios⁷.

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 regía en lo concerniente a los requisitos 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

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.





13-001-33-33-005-2014-00103-01

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, 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.

Pero sin embargo en aplicabilidad de ambas tesis citadas en el sentido que se debe liquidar con el promedio de los últimos diez años de servicios, más el principio de no taxatividad de las acreencias laborales que constituyen salario, se concluye que a las personas que son beneficiarias del régimen de transición se les debe aplicar el numeral 3 de la ley 100 de 1993, pero con todos los factores que constituyen salarios debido a que como lo dispuso la alta superioridad en lo contenciosos el listado contemplado en la Ley 33 de 1985, 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, después que cumplan los requisitos⁹ para considerarlos como tal.

⁸ Ver sentencia del Consejo de Estado de calenda cuatro (4) de agosto de 2010 radicación No. 250002325000200607509 01 N.º 0112-2009 con ponencia del Consejero VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDUA.

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010). - Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

" Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen





El caso concreto.

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

Según certificación expedido por el Jefe División Administrativa y Financiera, del INURBE, el señor Carlos Arévalo Moran, presto sus servicios desde el 02 de febrero de 1968 al 9 de agosto de 1990 y devengó durante el último año de servicios, sueldo mensual, prima de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación de servicios prestados.

Mediante resolución nº 00541 del 13 de marzo de 1998, Cajanal reconoció y ordenó el pago de una pensión al señor Arévalo Moran, por el valor de \$ 255.595.99 incluyendo como factores la asignación básica y la bonificación de servicios prestados.

Se encuentra acreditado que el actor nació el 02 de abril de 1942, que por medio de resolución RDP 007482 de 19 de febrero de 2013, se le negó la reliquidación la cual fue confirmada por las Resoluciones RDP 015520 del 08 de abril de 2013 y RDP 017785 del 19 de abril de 2013.

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 lo estipulado en el párrafo 3 del art 36 de la norma de marras, 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 arrojado al expediente, el accionante es beneficiario 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 – 1º de Abril de 1994-, tenía más de 52 años de edad y 26 años de servicios; cumpliendo así con los dos presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo.

aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.
(negritas no originales)





13-001-33-33-005-2014-00103-01

Así mismo, se tiene que adquirió su estatus pensional después de la entrada en vigencia de la ley en mención, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 02 de abril de 1997; 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 devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, 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.

Pero sin embargo no se tuvo en cuenta todos los factores que este devengó en el periodo faltante para ser beneficiario de una pensión, estos son entró otro sueldo mensual, **prima de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones**, a lo cual tiene derecho.

Es de anotar que, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado¹⁰, 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 el 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 el tiempo que les hiciera falta para ello, teniendo en cuenta todos los factores devengados dentro de ese periodo.

Prescripción.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, preceptúa:

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.



13-001-33-33-005-2014-00103-01

"Artículo 41º.- 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:

El señor Carlos Gregorio Arévalo Moran, le fue reconocida la pensión de vejez el día 13 de marzo de 1998; fecha en la cual empezó el cómputo para la prescripción de los tres años, el 25 de octubre de 2012 la actora presentó escrito de solicitud de reliquidación pensional ante la UGPP, el cual interrumpió el término de prescripción que se había configurado y la demanda fue presentada el 04 de marzo de 2014, suspendiendo el plazo.

Así las cosas, al tener derecho a la pensión de vejez a partir del 13 de marzo de 1998, con la expedición del acto administrativo de reconocimiento, y al haberse detenido el término de prescripción el 22 de octubre de 2012, contando tres años hacia atrás de las fechas de interrupción del plazo de prescripción, se evidencia que los valores anteriores, al 22 de octubre de 2009, se encuentran prescritos, de conformidad con lo establecido en la norma en comento.

Condena en costas en segunda instancia.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los requerimientos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, al resolverse en forma parcial la apelación al apelante, no habrá lugar a costas en esta 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



13-001-33-33-005-2014-00103-01

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia fechada 02 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual quedara así:

"SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) que reliquide la pensión de vejez reconocida al señor CARLOS GREGORIO AREVALO MORAN, por medio de la resolución N°005431 de fecha 13 de marzo de 1998, incluyendo todos los factores devengados en el tiempo que les hiciera falta para ello, de agosto de 1989 a agosto de 1990 (teniendo cuenta : asignación básica y bonificación por servicios, la Prima de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, a partir del 2 de abril de 1997 fecha en que adquiriere el status en cuantía equivalente al 75% del total de todos los factores salariales devengados en el tiempo que les hiciera falta para ello. E Indexar la primera mesada pensional, respecto a esos nuevos factores salariales que se ordenan incluir en el periodo de 1990 a 1996. La entidad podrá descontar las sumas que en calidad de aportes no se hubiesen debitado respecto de los factores incluidos por virtud de esta sentencia, indexados igualmente dichos aportes."

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.

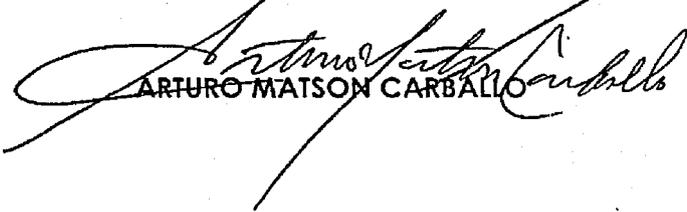
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

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


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Salvo voto.