



Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-004-2015-00364-01
Demandante:	Marina Esther Leones Castro
Demandado:	UGPP
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 24 de noviembre de 2017, mediante la cual el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

La señora Marina Esther Leones Castro, presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la UGPP, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. DECLÁRESE la nulidad ABSOLUTA del acto administrativo - Resolución RDP 033331 de fecha 30 de Octubre de 2014 -, notificado por aviso el 20 de Noviembre de 2014, expedido por LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, que se niega a reliquidar una pensión de vejez de la señora MARINA ESTHER LEONES CASTRO.

2. DECLÁRESE la nulidad ABSOLUTA del acto administrativo Resolución RDP 006433 de fecha 17 de Febrero de 2015, notificado personalmente el día 16 de abril de 2015, expedido por la...UGPP, que en sede de apelación confirma la decisión tomada en la Resolución RDP 033331 de fecha 30 de Octubre de 2014.

3. DECLÁRESE que la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E., al reconocer a través de la Resolución 09805 del 02 de Marzo de 2009 la pensión de vejez de la señora MARINA ESTHER LEONES CASTRO, no tuvo en cuenta totalidad de los factores salariales que remuneraron el servicio en el periodo comprendido entre el 30 de Marzo de 1999 y el 30 de Marzo de 2009, razón por la cual tal resolución también debe ser declarada parcialmente nula.

Como consecuencia de dicha declaratoria de nulidad a título de restablecimiento del derecho:



a. CONDENE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP reliquide la primera mesada pensional de la señora MARINA ESTHER LEONES CASTRO, a fin de que en ella se incluyan todos aquellos factores que no fueron tenidos en cuenta por la Resoluciones 09805 del 02 de Marzo de 2009 expedida por la extinta CAJANAL y RDP 012147 de 18 de Octubre de 2012, que remuneraron el servicio de mi mandante en el periodo comprendido entre el 30 de Marzo de 1999 y el 30 de Marzo de 2009.

b. RECONÓZCASE y páguese en favor de la señora MARINA ESTHER LEONES CASTRO, las diferencias dejadas de pagar en su mesada pensional desde el 1º de abril de 2009 y hasta la fecha en que se resuelva favorablemente esta demanda y las que se causen en adelante,

c. CANCELÉCE los intereses de mora que ocasionó el pago tardío de las sumas de dinero que ahora se reliquidan.

d. De no acceder a los intereses de mora solicitados como principales, de manera subsidiaria a todas las sumas reconocidas y pagadas deberá aplicársele la indexación, a fin de las sumas de dinero (moneda), no vean disminuido su valor adquisitivo.

4. Ordenar que la parte demandada le dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A., y que la condena sea actualizada de acuerdo con el I. P. C. Nacional y que se reconozcan intereses moratorios comerciales, desde la ejecutoria de la sentencia hasta su cancelación total sobre las sumas liquidadas.

5. Que se condene en costas, agencias en derechos y gastos del proceso a la entidad demandada.

b) Hechos.

Para sustentar fácticamente las pretensiones el demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

CAJANAL, mediante Resolución N° 09805 del 02 de marzo de 2009, le reconoció y ordenó el pago de su pensión mensual vitalicia de vejez, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin incluir los factores salariales devengados en el servicio activo, tales como subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, alegando que los mismos no se encuentra dentro del listado establecido en el Decreto 1158 de 1994.

Laboró durante 7.230 días al servicio exclusivo del Servicio Seccional de Salud de Bolívar, como Operaría de Servicios Generales.

Adujo que tiene derecho a que su pensión se reliquide teniendo en cuenta lo devengado durante los últimos 10 años de servicios.

El 17 de julio de 2014, solicitó a la UGPP la reliquidación de su pensión, la cual fue negada mediante Resolución No. RDP 033331 del 30 de octubre de 2014.



Contra la Resolución anterior interpuesto recurso de apelación, el cual fue despachado desfavorablemente a través de la Resolución RDP 006433 del 17 de febrero de 2015.

c) Normas violadas

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 53 de la Constitución Política, 36 de la Ley 100 de 1993, 1º y 3º de la Ley 33 de 1985, 1º de la Ley 62 de 1985, 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, 45 de la Ley 1045 de 1978 y 50 del Código Sustantivo del Trabajo.

Manifestó que los actos acusados contraría los fines esenciales del Estado, porque desconocen el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, puesto que su pensión se debió liquidar teniendo en cuenta la Ley 33/85; es decir, incluyendo el 75% de los factores salariales devengados en los último 10 años de servicios.

En aplicación del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el IBL lo constituyen el promedio de lo devengado, durante sus últimos 10 años de servicios, debidamente actualizados anualmente según la variación del IPC.

La frase "promedio de lo devengado", incluye la totalidad de los factores salariales que remuneraron su servicio, por lo que no pueden excluirse los factores salariales remunerados en el servicio comprendido entre el 30 de marzo de 1999 y el 30 de marzo de 2009.

El artículo 42 del Decreto - Ley 1042 de 1978 reitera que "... constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios. La totalidad de los factores salariales que remuneraron el servicio lo constituyen: el sueldo o salario básico, el subsidio de transporte, la prima de alimentación, la bonificación por servicios prestados, la bonificación por antigüedad, la prima de vacaciones, la prima semestral, la prima de navidad y el promedio de recargo mensual de horas extras.

3.2. Contestación.

- **La UGPP** se opuso a las prosperidad de las pretensiones, señalando que al reconocimiento y la liquidación de la pensión de vejez del actor, se realizó teniendo en cuenta el régimen legal aplicable a la fecha de adquisición del status jurídico, el cual se consolidó bajo la vigencia de la Ley 100/93, modificada por la Ley 797 de 2003.

Al demandante le fue reconocida la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Decreto 1158/94, aplicables a la fecha de adquisición del status jurídico de pensionado.



Adujo que no fue la intensión del legislador incluir como base para adquirir pensión, la totalidad de los factores que pudo haber percibido el trabajador y con el cual le fueron liquidadas sus prestaciones laborales.

La resolución de reconocimiento pensional incluye en la liquidación, los factores remunerativos a los cuales se les realizaron descuentos para pensión, pues las pensiones del régimen de prima media se reconocen con base en los aportes que realicen los afiliados, ya que cualquier descuento adicional es considerado ilegal.

3.3. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 24 de noviembre de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de las demanda, así:

"PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de los actos administrativos materializados en las Resoluciones N°. RDP 033331 del 30 de octubre de 2014, por medio de la cual se niega reliquidación de pensión a la señora Marina Esther Leones Castro, y N°. RDP 006433 del 17 de febrero de 2015, por medio del cual se confirma la decisión precitada, expedidos por la -UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP-.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP, la reliquidación de la pensión, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados por la señora Marina Esther Leones Castro en los diez (10) años inmediatamente anteriores a su retiro definitivo del servicio, incluyendo en la base pensional los factores: subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, las cuales con excepción del subsidio de transporte, deben ser reconocidas en una doceava parte de su valor (1/12), desde la fecha en que obtuvo su estatus pensional.

TERCERO: CONDÉNASE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP a pagar al demandante las diferencias que surjan entre lo que se pagó por concepto de mesadas pensionales recibidas en virtud de la liquidación ordenada en mediante Resolución N°. 09805 del 2 de marzo de 2009, y lo que debió haber pagado al hacer la liquidación de la prestación en la forma ordenada en el numeral anterior, previo descuento por aportes correspondientes a aquellos factores devengados en los diez últimos años de servicio, cuya inclusión se ordena en la presente sentencia, que no hayan sido objeto de deducción legal.(...).

CUARTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 189 a 195 del CPACA. La entidad condenada deberá acreditar o probar ante este Despacho el cumplimiento del presente proveído. Vencido el plazo de que trata el Art. 298 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin que se haya acreditado el cumplimiento de la sentencia, se requerirá a la demandada el acatamiento inmediato de la misma.



QUINTO: Condénase en costas a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP, las cuales serán liquidadas por secretaría, una vez en firme la presente sentencia.

Señalase como agendas en derecho el 5% del valor de las pretensiones reclamadas por la accionante, esto es, la suma de CUATROCIENTOS CATORCE MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS CON CINCO CENTAVOS (\$414.220,05).

SEXTO: Declárase probada la excepción de prescripción de las diferencias de mesadas, propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP-, por lo que la cancelación de las diferencias pensionales resultantes de la liquidación ordenada, deberá hacerse, a partir del 17 de julio de 2010.

SÉPTIMO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO. Una vez ejecutoriada esta providencia. Expídanse las copias respectivas para su cumplimiento. Archívese el expediente, previa devolución del remanente de los gastos del proceso, en el evento en que sean reclamados por la parte interesada oportunamente.

Adujo que en el presente caso no se discute el régimen aplicable a la demandante, ni el tiempo de servicio reconocido, ni el porcentaje aplicado al monto de la pensión reconocida; sino la inclusión de todos los factores devengados en los diez (10) años inmediatamente anteriores a su retiro definitivo del servicio.

Sobre los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, citó la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112- 09), en la que se señaló que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Ley 33/85 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Sostuvo que de los certificados expedidos por la Profesional Especializada de la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar, se extrae que la demandante prestó sus servicios a la Empresa Social del Estado Hospital Montecarmelo del Carmen de Bolívar desde el 10 de Julio de 1986 hasta el 30 de marzo de 2009, y que desde 1998 hasta 2009 y devengó sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, subsidio de transporte, prima de alimentación, recargo nocturno, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, factores que deben tenerse en cuenta como parte del ingreso base de cotización al momento de reliquidar la pensión del actor.

3.4. Recurso de apelación.

- **La parte demandada** adujo que la sentencia apelada accedió a reliquidar la pensión de vejez del demandante con inclusión de la totalidad de los factores percibidos por el actor durante los últimos 10 años de servicios, sin tener en cuenta sobre cuales factores se realizaron cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión.

No obstante, realiza una mixtura en la sentencia, condenando a reliquidar la pensión de vejez con la totalidad de los factores salariales (conforme la sentencia del Consejo de Estado), pero la forma de liquidación contenida en la Ley 100/93, cuando el régimen de transición solo cubre la edad, tiempo de servicio y monto, la forma de liquidación se encuentra descrita en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100/93, pero los factores salariales siempre se han determinado por los aportes que se realicen con base en ellos, tal como lo establece la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994.

La Corte Constitucional sostuvo que el propósito original de la Ley 100/93 era no permitir la aplicación ultractiva (vigencia o aplicación de una norma después de haber sido derogada) de los regímenes vigentes, el artículo 36 de la Ley 100/93 únicamente se previó la aplicación ultractiva de los conceptos de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo de los regímenes pensionales existentes antes de la Ley 100/93.

A través del artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100/93, el legislador buscó unificar las reglas del ingreso base de liquidación en el régimen de prima media.

El propósito de la unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01/05, específicamente con crear reglas uniformes que eliminen los privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad financiera del sistema.

- Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 12 de junio de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 222, C2), y por providencia de 12 de julio septiembre de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 226, C2).

La parte demandada presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en la contestación de la demanda y en recurso de apelación (fs. 229 - 239); la parte demandante no presentó alegatos de conclusión; y el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.



IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75 % **de todo los factores salariales devengados** durante los últimos diez años de servicios.

5.3. Tesis de la Sala

El demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, las pensiones deben liquidarse teniendo en cuenta el monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en la Ley 33/85, pero el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100/93, **y los factores que deben incluirse en el mismo son exclusivamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones, con base en el Decreto 1158/94**, para el caso del actor, durante los últimos diez años de servicios previos a la adquisición del status pensional. - En consecuencia, se revocará la sentencia apelada.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial

5.4.1. Régimen de transición.

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 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, el actor tenía más de 40 años de edad, por lo cual se encuentra amparado por el régimen de transición.

5.4.2. Sentido y alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El Consejo de Estado había adoptado de manera reiterada y pacífica el criterio según el cual a las pensiones de los servidores del estado beneficiarios del régimen de transición se les debía aplicar el régimen normativo que con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 regulaba lo relativo a la edad, tiempo de servicios y el monto de la pensión, y que la expresión subrayada comprendía tanto el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), como el ingreso base de liquidación, pues el principio de inescindibilidad imponía aplicar la norma comentada de manera integral e impedía liquidar la pensión aplicando edad y tiempo de servicio del régimen anterior y el monto del nuevo régimen.

También sostuvo la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo Subsección A, en sentencia de 4 de agosto de 2010, radicación 250002325000200607509 01 (0112-2009), que para efectos de la liquidación de la pensión debían tenerse en cuenta todos los factores salariales (...) *En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través*



245

de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios"

En la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional estudió una demanda contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992,¹ cuyo texto es el siguiente: "El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal. - PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

En este fallo la Corte asumió una interpretación distinta del artículo 36 de la Ley 100/93, según la cual el concepto de monto comprende únicamente el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), el cual diferenció del ingreso base de liquidación, al cual se aplica para liquidar la mesada pensional, y por ello el IBL de las personas cobijadas por el régimen de transición se debían regir por la Ley 100/93 y no por el régimen anterior.

La Corte sostuvo los criterios anteriores aduciendo la violación del principio de igualdad por la norma acusada - porque conduce a transferir subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que por regla general pertenecen a un sector en mejores condiciones socio-económicas, e impone un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social - y declaró inexecutable las expresiones "durante el último año y por todo concepto", "Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal", contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión "por todo concepto", contenida en su parágrafo.

De acuerdo con esta segunda interpretación los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a una pensión equivalente al 75 % (monto) del promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio (IBL).

¹Ley 4 de 1992, Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.



La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-078 de 2014, denegó el amparo solicitado por un ciudadano que alegó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia incurrió en causal de procedencia de tutela contra providencia judicial, al desconocer el régimen especial que se basa en el sistema de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se tomó como base para liquidar la pensión, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, y no el ingreso base de liquidación, que corresponde a lo devengado en el último año de servicio, tal y como lo disponen las normas especiales que rigen para las pensiones de los trabajadores de la extinta Telecom. Se apoyó esta sentencia de tutela en los parámetros de interpretación utilizados por sentencia C-258/13 frente a la norma mencionada.

El ciudadano afectado por la sentencia T-078 solicitó su nulidad ante la Sala Plena invocando la vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional en vigor de las Salas de Revisión.

Por auto 326 de 2014 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió denegar la petición de nulidad porque consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente, dado que antes de la Sentencia C-258 de 2013 no existía un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y a falta de dicha interpretación estaba permitida aquella que de acuerdo con Constitución y la ley acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente justificada y aclaró las sentencias C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004 proferidas por la Sala Plena sobre el tema, ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y por ello el precedente aplicable al caso luego de la Sentencia C-258 de 2013 era el fijado en ésta.

Aseguró la Corte en esta providencia que "...el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna".

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia SU-230 de abril 29 de 2015, examinó los conceptos de precedente judicial y jurisprudencia en vigor y su carácter vinculante; así como la jurisprudencia de las Salas de Revisión previa a la Sentencia C-258/13 que establecían que el monto de la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100/93 era el previsto en el régimen anterior – en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado –; describió igualmente los fundamentos de la Sentencia C-258/13 que consideró que el IBL de dichas personas debía regirse por la Ley 100/93 y las sentencias T-078 de 2014 que por vía de tutela reiteró dicho criterio y del auto de



Sala plena que negó la solicitud de nulidad en su contra. Describió igualmente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia para concluir que se identificaba con los criterios adoptados en la misma materia por el fallo de constitucionalidad mencionado y reiteró que éste constituía un precedente jurisprudencial obligatorio para todas las autoridades.

Así mismo, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó que **los derechos pensionales causados antes de la expedición de la expedición de la sentencia C-258 de 2013**, no son afectados por la interpretación consignada en ella.

Sin embargo, la Sentencia T-615/16 fue anulada por la Corte Constitucional, a solicitud de la UGPP, según consta en Auto 229 de diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente (E) José Antonio Cepeda Amarís, debido a que se estableció que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente de la Corporación surgido desde la sentencia C-168 de 1995 y materia de las sentencias C-258/13, SU/230/15, SU 405/16 y SU-210 de 2017 .

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso seguido por Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra CAJANAL En Liquidación, dentro del radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, sostuvo:

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"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".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **sub-reglas**:

94. **La primera sub-regla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- 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.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera sub-regla, no cobija a los docentes afiliados al



Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

96. **La segunda sub-regla** 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 sub-regla 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.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

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.

² Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]".



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.

La Sala prohíja los criterios expuestos por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena, citados previamente, y los aplicará al caso concreto.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la Resolución AMB 09805 del 02 de marzo de 2009, por medio de la cual CAJANAL le reconoce la pensión de vejez del actor, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante los 10 último años de servicios, por concepto de asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad y recargos nocturnos (fs. 12 – 14). ✓
- Copia de la Resolución RDP 033331 del 30 de octubre de 2014, por medio de la cual la UGPP niega la solicitud de reliquidación de la demandante (f. 16 – 18). ✓
- Copia de la Resolución RDP 006433 del 17 de febrero de 2015, por medio de la cual la UGPP resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra la Resolución anterior, confirmándola (fs. 19 – 21). ✓
- Copia de la certificación expedida por la Profesional Especializada de la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, donde consta que la demandante laboró desde el 10 de julio de 1986 hasta el 30 de marzo de 2009, en el cargo de Operaria de Servicios Generales (fs. 28). ✓
- Copia de la certificación suscrita por la Profesional Especializada de la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar para la Atención de la Liquidada ESE Hospital Montecarmelo del Carmen de Bolívar, donde constan los factores salariales devengados entre enero de 1998 hasta marzo de 2009 (fs. 31 – 35). ✓

5.5.2. Análisis Crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

El artículo 36 de la Ley 100/93 estableció un régimen de transición para quienes a la entrada en vigencia de dicha ley hubieran cumplido 35 años de edad, si fueran mujeres, y 40 si fueran hombres; o 15 años de servicios.



De acuerdo con las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado descritas en el marco normativo y jurisprudencial, la norma anterior debe ser interpretada en el sentido de que a las personas beneficiarias del régimen de transición se les debe aplicar la Ley 33 de 1985, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y el monto o tasa de remplazo, entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión. Pero el ingreso base de liquidación – IBL –, debe calcularse de acuerdo con lo previsto en la Ley 100/93, pues este componente no fue sometido a transición. Y los factores que deben tenerse en cuenta en estos casos para liquidar la pensión son aquéllos sobre los cuales se hayan realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, que corresponden a los enlistados en el Decreto 1158/94.

En la sentencia apelada quedó establecido que el demandante estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y que el régimen previo a dicha ley era el establecido en la Ley 33/85 y 62/85, asuntos sobre los cuales los apelantes no expresaron inconformidad alguna.

Se encuentra acreditado en el proceso que la pensión del demandante fue reconocida aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo), previstos en dicha ley; que el Ingreso base de cotización que se tuvo en cuenta estuvo referido a los 10 últimos a los de servicios; y que los factores que se tuvieron en cuenta para calcular el IBL fueron la asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad y recargo nocturno; los cuales están previstos como ingreso base de cotización en materia pensional.

La Resolución No. AMB 09805 del 02 de marzo de 2009 efectuó el reconocimiento de la pensión de la demandante y se la liquidó con el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos diez años de servicios prestados, teniendo en cuenta los factores salariales señalados previamente, que conforme al Decreto 1158 de 1994 hacen parte del ingreso base de cotización; todo ello conforme a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93 que ha adoptado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las sentencias de unificación que en esta oportunidad prohija la Sala.

El A- quo ordenó en la sentencia apelada que se reliquidara la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores devengados durante los últimos diez años de servicios, entre ellos subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, y al hacerlo violó el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Acto Legislativo No. 01 de 2005, puesto que no se probó en el proceso que hubiera cotizado sobre ellos; y adicionalmente, dichos factores no estuvieron previstos como base de la cotización a la seguridad social en el Decreto 1158/94, aplicable al caso.



Por lo anterior, se revocará el fallo apelado, mediante el cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En su lugar, se denegaran las mismas.

Costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como el recuro en estudio se decidirá en forma favorable a la apelante, no habrá condena en 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,

VI.- FALLA

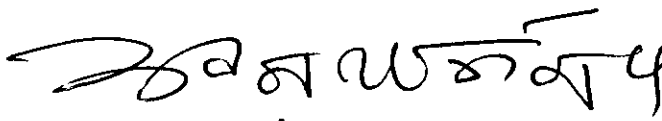
PRIMERO: Revocar la sentencia de primera instancia, proferida el 24 de noviembre de 2017, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia. En su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda.

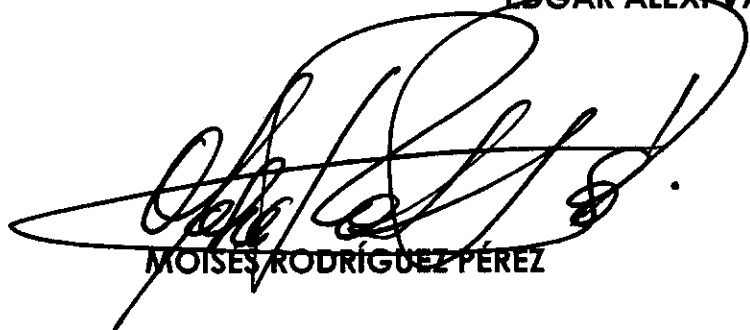
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al Despacho de origen.

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOÍSES RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE