



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:	13-001-33-33-006-2015-00276-01
Demandante:	Julio Caicedo Barrios
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 demandante contra la sentencia de 14 de abril de 2016, mediante la cual el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

El señor Julio Caicedo Barrios 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 UGPP, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Se declare la NULIDAD de la Resolución No. 5265 del 11 de febrero de 2004, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social EICE - CAJANAL reconoce una pensión de mensual vitalicia de vejez y la No.RDP-039298 del 30 de diciembre de 2014, por medio de la cual se niega una reliquidación de pensión.

2. Que como consecuencia de la declaración de NULIDAD se condene a título de restablecimiento del derecho a la...UGPP a reliquidar la pensión de vejez del señor JULIO CAICEDO BARRIOS de conformidad a lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985, en concordancia con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

3. Se condene a la...UGPP a reconocer y pagar al señor JULIO CAICEDO BARRIOS las mesadas retroactivas causadas y no pagadas.

4. Se condene a la...UGPP, aplicar a las mesadas pensionales causadas la indexación pensional.

5. Se condene a la...UGPP, a cancelar al señor JULIO CAICEDO BARRIOS, las costas y agencias en derecho.



b) Hechos. Para sustentar fácticamente las pretensiones la demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Mediante Resolución No. 5265 de 1º de marzo de 2001 CAJANAL le reconoció la pensión de vejez, con el 75% del ingreso base de cotización del salario devengado en los últimos 8 años y 9 meses de servicios, a partir del 1º de enero de 2003.

A través de la Resolución No. 24191 del 23 de mayo de 2005, le fue reliquidada su pensión y se le elevó la cuantía de la primera mesada pensional a la suma de \$ 858.757.70 a partir del 13 de mayo de 2004.

Laboró al servicio de la Empresa Social de Estado - Hospital San Pablo de Cartagena -, desde el 12 de marzo de 1982 hasta el día 12 de mayo de 2004.

Para calcular su ingreso base de liquidación, la demandada tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 /93 y el Decreto 1158 de 1994, es decir, lo devengado por el trabajador durante los últimos 8 años y 9 meses de servicios, limitándolo a los factores salariales sobre los cuales se hicieron aportes a la seguridad social, como la asignación básica, la bonificación de servicios prestados y el recargo nocturno.

Es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, porque a la entrada en vigencia de la Ley, es decir al 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, y siendo servidor público, se le debió aplicar la ley 33 de 1985 y liquidar su primera mesada pensional con el promedio de los factores salariales devengados en su último año de servicio.

Mediante Resolución No. RDP-039298 del 30 de diciembre de 2014, UGPP negó la solicitud de reliquidación de pensión de vejez.

c) Normas violadas

La parte demandante afirmó que el acto acusado violó los artículos 2, 4, 3, 25, 29, 48, 53, 58 y 83 de la Constitución Política; 36 y 150 de la Ley 100/93 y las Leyes 33 y 63 de 1985.

Señaló que la Ley 33/85 estableció en su artículo 1º que 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.



Adujo que cumple con los requisitos para ser beneficiario de la reliquidación de su pensión de vejez, y esta se encuentra tutelada legalmente en el artículo 58 de la Constitución, que garantiza el reconocimiento total de los derechos adquiridos con justo título y, atendiendo la fecha su nacimiento y la que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, contaba con más 40 años de edad, y por ello, es beneficiario del régimen de transición.

Las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidaron sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. No obstante, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado que el régimen de transición abarca la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión.

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 intención 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, las pensiones del régimen de prima media se reconocen con base en los aportes que realicen los afiliados, cualquier descuento adicional es considerado ilegal.

3.3. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 14 de abril de 2016, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

Adujo que el demandante para el 1º de abril de 1994, fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años, por ello, su situación pensional quedó sometida al régimen establecido por la Ley 33 de 1985, por lo que de aplicarse en su integridad esta norma, su pensión de vejez tendría que liquidarse incluyendo la totalidad de los factores que hubieran servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicios.



No obstante lo anterior, y atendiendo la interpretación fijada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, al encontrarse sujeta la situación pensional del actor, al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello exclusivamente le da derecho a beneficiarse de los elementos previstos en la Ley anterior, afines, a: i) edad para acceder a la pensión de vejez, ii) tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y iii) monto de la pensión de vejez, pero entendido este último concepto, como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación - IBL -, aspecto este para el cual debe seguirse inexorablemente lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que al actor, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le hacían falta menos de diez años para acceder a su pensión de vejez, pues al 1º de abril de 1994, contaba con 47 años de edad y 12 años de servicios. Y por ello, el IBL debía ser calculado con el 75% del tiempo que le faltare para adquirir su derecho a la pensión, teniendo en cuenta que los únicos factores salariales que hacen parte del ingreso base de cotización son los establecidos por el Decreto 1158/94, sin que sea posible la reliquidación con base en todos los factores devengados, como lo solicita el actor.

3.4. Recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante adujo que el A-quo negó las pretensiones de la demanda con fundamento en la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional y la sentencia C-258 de 2013.

No obstante, no tuvo en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado, entre otras sentencias, en la proferida el 25 de febrero de 2016, dentro del radicado No. 25000234200020130154101, en la que señaló que las pensiones de los servidores públicos se liquidará con los factores salariales del último año de servicio, salvo para los congresistas.

Adujo que la misma Corporación, en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda, unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la que se señaló que los factores salariales que deben reconocerse como parte integrante del IBL, son todos aquellos percibidos por el empleado durante el último año de servicios.

- Actuación procesal en segunda instancia.

Mediante auto del 22 de agosto de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 3), y por providencia de 30 de noviembre de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de



conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 7, C-2).

La parte demandada presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda (Fs.10 – 17, C-2). - La parte demandante no alegó 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 todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

5.3. Tesis de la Sala

El demandante tiene derecho a la reliquidación, pero no 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.

Como en el proceso se probó que el demandante percibía prima de antigüedad, dicho factor hace parte del ingreso base de cotización conforme al Decreto 1158/94 y cotizó sobre el mismo al sistema de seguridad social en



pensiones, tiene derecho a que dicho factor se incluya en el IBL para efectos de reliquidar su pensión. No ocurre lo mismo frente a lo demás factores que pretende incluir en el IBL.

En consecuencia, se revocará la sentencia y se accederá a la pretensión de reliquidación conforme al criterio anterior.

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 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

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.



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 párrafo.

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).

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 hiciera 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.

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 [...]".



101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.

La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

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 certificación expedida por la Secretaría de Salud Departamental el 27 de febrero de 2015, donde consta que el actor laboró entre el 12 de marzo de 1982 y el 12 de mayo de 2004 (f. 24).
- Copia del certificado expedido el 23 de agosto de 2004 por el Jefe de Departamento de Recursos Humanos de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena, donde constan los factores salariales devengados por el demandante entre 1997 y 2004 (fs. 19 – 23).
- Copia de la Resolución No. 5265 del 1º de marzo de 2004, expedida por CAJANAL, por medio de la cual se le reconoció la pensión del actor con el 75% del promedio de lo devengado durante 8 años y 9 meses de servicios, teniendo en cuenta para la liquidación de la pensión, la asignación básica, bonificación por servicios prestados y recargos nocturnos (fs. 12 – 16).



- Copia de la Resolución RDP 039298 del 30 de diciembre de 2014, por medio de la cual la UGPP niega la solicitud de reliquidación pensional (fs. 17 – 18).

CD que contiene antecedentes administrativos relacionados con la situación pensional del accionante, remitido por la parte accionada (f. 77).

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

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 últimos ocho años y nueve meses anteriores a la prestación del servicio, y que los factores que se tuvieron en cuenta para calcular el IBL fueron la asignación básica, bonificación por servicios prestados y jornada nocturna.

La Resolución No. 5265 de 1º de marzo de 2004 reconoció la pensión del actor y la liquidó con el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos ocho años y nueve meses de servicios prestados, teniendo en cuenta los factores salariales señalados previamente, los cuales están previstos como ingreso base de cotización en materia pensional por el Decreto 1158/94; 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 prohíja la Sala.



Sin embargo, en el expediente obra certificado suscrito por el Jefe de Talento Humano de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena el 12 de mayo de 2013, obrante a folios 19 a 23, en el que consta que el accionante devengó desde 1994 y hasta 2001 inclusive, entre otros factores, la prima de antigüedad; y conforme al formato No. 3(B) – certificado de salarios mes a mes para liquidación de pensiones-, aportado por las partes, (fs. 27-32), el empleador cotizó a pensiones sobre dicho factor salarial durante ese tiempo, por lo cual debió incluirse en el ingreso base de liquidación del actor, lo cual no ocurrió, tal como se demuestra con la simple observación de la resolución que reconoció la pensión (ver folios 12-16).

Luego, la pretensión del actor de que se reliquide su pensión con fundamento en todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios prestados, solo debe prosperar con relación al factor enunciado (prima de antigüedad), se reitera, por hacer parte del ingreso base de cotización conforme al Decreto 1158/94.

La reliquidación no procede con base en otros factores, tales como como auxilio de transporte, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por recreación que igualmente percibió (ver certificado sobre salarios obrante a folio 19, descrito previamente), porque el decreto mencionado no los incluye entre los factores que constituyen el ingreso base de cotización y sobre ellos no se hicieron aportes al sistema de seguridad social en pensiones (ver formato 3(B) obrante a folios 27-32). Por ello, en caso de incluirse en el ingreso base de liquidación se violaría el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Acto Legislativo 01/05, conforme al cual únicamente pueden considerarse para efectos de la liquidación de la pensión los factores salariales sobre los cuales se hubieran hecho aportes al sistema de seguridad social.

Por lo anterior, se revocará el fallo apelado, que denegó las pretensiones de la demanda.

Prescripción de mesadas.

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 prevén que el lapso en que deben reclamarse las mesadas pensionales es de tres (3) años y que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción por una sola vez y sólo por un lapso igual.

En el caso de la pensión, no prescribe el derecho a su reconocimiento y pago, pero sí el de las mesadas.

La suspensión del término de prescripción originada en una reclamación administrativa comprende las mesadas causadas dentro de los 3 años previos a dicha reclamación y se extiende durante los tres años siguientes; de modo que si



no demandan judicialmente dentro de ese periodo, se extinguen definitivamente. Ello, sin perjuicio de que posteriormente el interesado pueda reclamar y suspender la prescripción de las mesadas que se causaran con posterioridad a la primera reclamación, respecto de las cuales opera la prescripción en los mismos términos.

En el sub-lite se estableció que el actor cumplió con los requisitos para acceder a su pensión 7 de marzo de 2002 (ver Resolución 5265/04 que la reconoció, obrante a folios 12-16).

Quedó probado en el proceso que presentó solicitud de reliquidación el 29 de agosto de 2014 (f. 17), por lo que interrumpió la prescripción de las mesadas pensionales causadas hasta el 29 de agosto de 2011. – Como las reclamó judicialmente el 24 de abril de 2015 no prescribieron.

Las causadas con anterioridad al 29 de agosto de 2011 están prescritas; y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia.

Costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del C.P.A.C.A 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 recurso de apelación se decide en forma parcialmente favorable al apelante, no habrá condena en costas.

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 apelada y, en su lugar se dispone:

Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 5265 de 11 de febrero de 2004, por medio de la cual CAJANAL reconoció la pensión mensual vitalicia de vejez del actor, en cuanto no incluyó en el IBL la prima de antigüedad para efectos de liquidación de dicha pensión.

Declarar parcialmente la nulidad de la Resolución RDP 039298 de 30 de diciembre de 2014, por medio de la cual la UGPP negó la reliquidación pensional del actor, únicamente en cuanto niega la inclusión de la prima de antigüedad en el IBL para efectos de la reliquidación pensional.



- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la UGPP reliquidar y pagar la pensión del actor, incluyendo en la base ingreso de liquidación la prima de antigüedad.

SEGUNDO: Las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.

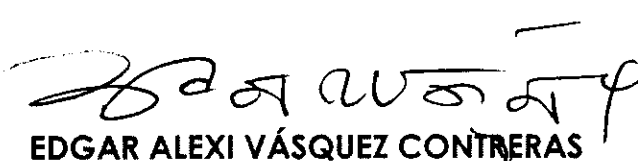
TERCERO: Declarar prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 29 de agosto de 2011.

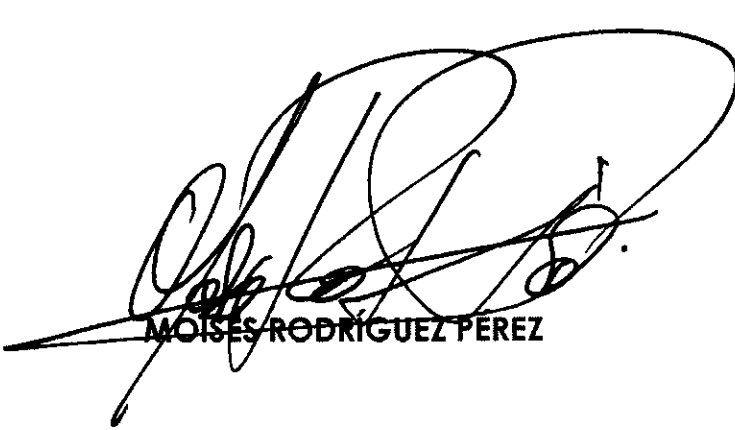
CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: La UGPP deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE