

Cartagena de Indias, (07) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2015-00162-01
Demandante	LUÍS EDUARDO GÁNDARA REYES
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – IBL - art. 36 de la Ley 100 de 1993 – Decreto 1158 de 1994 – Ley 33 de 1985 - inclusión de factores salariales</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

(Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la UGPP, contra la sentencia del 14 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor LUIS EDUARDO GÁNDARA REYES, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

2.3. La demanda¹.

A través de apoderada judicial constituida para el efecto, LUIS EDUARDO GÁNDARA REYES, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la UGPP, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 26-34 cdno 1



2.4. Pretensiones

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 052074 del 12 de noviembre de 2013 emanada por la UGPP, por medio de la cual se negó la reliquidación pensional del demandante, con inclusión de factores salariales correspondiente para liquidar la pensión del señor LUIS EDUARDO GÁNDARA REYES. Igualmente que se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 055883 del 09 de diciembre de 2013 emanada por la UGPP, por medio de la cual se confirma la Resolución No. RDP 052074 del 12 de noviembre de 2013.
2. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare, a título de Restablecimiento del Derecho, que el demandante tiene pleno derecho a que la demandada le reconozca y pague su pensión mensual vitalicia de vejez con la totalidad de factores salariales que remuneraron el servicio a partir del 10 de junio de 1999, fecha en que retira del servicio; así mismo, se liquiden los reajustes pensionales a que tiene derecho.
3. Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a pagar al demandante una pensión mensual vitalicia de vejez, equivalente al 75%, a fin que se incluya todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, ordenando respetar los ya reconocidos por la administración.
4. Se condene a la demandada a pagar la totalidad de las diferencias entre la mesada pensional pagada desde el 10 de junio de 1999, hasta la sentencia que ponga fin al asunto.
5. Se condene a la indexación de la condena, al cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en la Ley 1437 de 2011, y al pago de intereses moratorios.
6. Se condene en costas a la demandada.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.5 Hechos

El demandante expone que, prestó sus servicios al Estado Colombiano en el Ministerio de Educación Nacional, en el cargo de Conductor Mecánico Grado 6010-06, por más de 20 años.

Que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, mediante Resolución No. 006580 del 26 de abril de 2000, reconoció y pagó a favor del demandante pensión vitalicia de vejez, sin incluir la totalidad de factores salariales devengados durante los doce meses anteriores al retiro del servicio.



Agrega que, día 30 de octubre de 2013 radicó petición ante la demandada, a fin de que revisara y reliquidara su mesada pensional, para lo cual allegó certificado de factores de salario para lo pertinente. Que la UGPP, dio respuesta a dicha solicitud por medio de la Resolución No. RDP 052074 del 12 de noviembre de 2013, negando el derecho, y haciendo entrega de la Resolución solicitada con constancia de notificación y ejecutoria.

Por último, explica que contra la Resolución aludida se interpuso recurso de apelación radicado el 05 de diciembre de 2013. Que la UGPP resuelve mediante Resolución RDP No. 055883 del 09 de diciembre de 2013, confirmando la negativa.

2.6. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Nacional, artículos 2, 4, 13, 25, 48 inciso final, 53 y 58
- Ley 100 de 1993, art. 36
- Ley 4 de 1966, art. 4
- Ley 71 de 1988
- Decreto 1743 de 1966, art. 5
- Decreto 1042 de 1978, art. 42
- Ley 6 de 1945
- Ley 5 de 1969
- Ley 4 de 1992, art. 2
- Código Sustantivo del Trabajo, art. 127

2.6.1 Concepto de la violación

Expone el demandante, que la actividad pública debe acatar rigurosamente la Constitución Política y la ley. Que en el presente caso la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección social, trasgredió las normas constitucionales y legales citadas, al menoscabar y no tener en cuenta la totalidad de factores salariales, pues se desconocen Convenios Internacionales ratificados por Colombia a lo largo de su historia, vulnerando derechos adquiridos, que son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles (Con violación directa al Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil Radicado No. 479 y fechado del 13 de noviembre de 1992, Magistrado ponente Dr. Jaime Betancur Cuartas).

Que la administración abusó de su competencia al negar los derechos solicitados, al expedir la Resolución No. RDP 052074 del 12 de noviembre de





2013 y Resolución No. RDP 055883 del 09 de diciembre de 2013, mediante las cuales desestimaron el reconocimiento de los factores salariales, que considera son derechos adquiridos, pues tomó como base solamente algunos factores de salario.

Agrega que, con la emisión de dichas resoluciones, constituye un actuar por parte de la demandada UGPP violatoria de parámetros legales, internacionales y conceptos constitucionales de salario, al omitir la totalidad de factores de salario dentro de la mesada debatida, siendo que no tomó como base horas extras diurnas, horas extras nocturnas, Auxilio de Transporte, Auxilio de Alimentación, Bonificación Servicios Prestados, Pro Social, Prima de Vacaciones, Prima de servicios, Prima de Navidad, las cuales son factor de salario, sin atenerse a la interpretación de la Ley 62 de 1985 del Honorable Consejo de Estado y la no aplicación del Decreto 3752 de 2003 y Ley 812 de 2003.

Así mismo, expone que se viola la Ley 24 de 1947, Ley 6 de 1945, Ley 4 de 1966 reglamentada por el Decreto reglamentario 1743 de 1966, ya que la demandada no actualizó las sumas reconocidas en la Resolución No. 006580 del 26 de abril de 2000.

2.7 Contestación de la UGPP²

La parte demandada se opone a la prosperidad de las **pretensiones**, argumentando que las mismas carecen de cualquier fundamento de orden legal y fáctico. Que las resoluciones demandadas se encuentran debidamente motivadas, exponiendo de manera clara los motivos por los cuales se negó al demandante la reliquidación de la pensión de vejez.

Arguye que el demandante al solicitar la reliquidación de la pensión de vejez no aportó los certificados de factores salariales que indicaran que se había devengado factores salariales adicionales a los solicitados.

Agrega, que la Unidad mantiene la posición actual para la aplicación de factores salariales y base de liquidación en beneficiarios de la ley 33 de 1985 en virtud de la ley 100 de 1993 en su artículo 36 numeral 3º, con el tiempo que le hiciere falta desde la fecha de la entrada en vigencia de la ley 100 hasta la fecha de adquisición del status jurídico de pensionado, criterio que se tuvo en cuenta en la resolución de reconocimiento pensional No. 006580 del 26 de abril de 2000 en la cual se liquidó con el tiempo que le hiciere falta desde el 01 de abril de 1994 hasta la fecha de retiro.

² Folio 50-62



Sostiene que en cuanto a los factores salariales, éstos son los estipulados en el Decreto 1158 de 1994. Que de manera anual, la Unidad practica los reajustes anuales de acuerdo con lo establecido por el Gobierno Nacional por lo cual no es procedente la actualización conforme a la ley 4 de 1976 y la ley 71 de 1988, normas que no son aplicables al demandante, pues conforme al régimen legal aplicable a la fecha de adquisición del status jurídico de pensionado del demandante, los factores salariales base de liquidación lo componen aquellas sumas que fueron objeto de cotización por parte del afiliado y que se encuentran definidos en el Decreto 1158 de 1994.

La UGPP manifiesta su conformidad con los **hechos** 1º, 3º y 7º planteados por la parte actora; en cuanto a los hechos 2º y 4º, los admite pero aclara que como al demandante le fueron incluidos la totalidad de los factores que conformaron su ingreso base de cotización (Asignación básica, bonificación por servicios y horas extras), conforme a lo establecido en el Decreto 1158 de 1994. Que teniendo en cuenta la fecha de adquisición del status jurídico de pensionado, le fue aplicado el régimen legal aplicable y establecido en el artículo 36 de Ley 100 de 1993.

Que al demandante se le aplicó íntegramente el régimen de transición, pues del régimen anterior se tuvo en cuenta la edad, tiempo y monto y en cuanto a la forma de liquidación se aplicó lo descrito en el inciso tercero del mencionado artículo que indica la forma de liquidación de los beneficiarios de dicho régimen, por lo que considera que la liquidación con el tiempo de servicio que le hiciera falta está ajustado a derecho.

Como **excepciones** de fondo la parte demandada propuso las de prescripción de la acción, inexistencia de la causa petendi y cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la indexación para el caso, genérica e innominada.

Así mismo propone la excepción de falta de cotización de los factores salariales, fundamentada en que la demandante no actúa conforme a derecho al solicitar el pago de factores salariales de los cuales no realizó aportes para pensión. Sostiene que, como es sabido las pensiones se reconocen con base en los descuentos que se realizaron durante la vida laboral y en el caso hipotético que el demandante se le incluyera la totalidad de los factores salariales deberá regresar al fondo de pensiones los descuentos que no realizó de manera actualizada; por lo cual, en cuanto a los factores salariales no es posible reconocer factores salariales a los cuales no se les realizaron descuentos por ende no adeuda suma alguna.





2.7.1 Razones de la Defensa

La entidad demandada explica que respecto al caso en concreto , y siendo que trata sobre el régimen aplicable al demandante , sostiene que uno de los objetivos de la Ley 100 fue buscar la unificación de los diferentes regímenes pensionales que existían con anterioridad a su vigencia, pero, con el objeto de no afectar las situaciones próximas a consolidarse se estableció el régimen de transición, a fin de permitir la aplicación gradual del nuevo sistema de pensiones.

Resalta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo examinado por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-410 de 1994, C – 168 de 1995, C- 596 de 1997 y C – 058 de 1998, así como los Autos de fecha 13 de septiembre de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil y No. 206 del 3 de octubre de 2005 M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, en los cuales se ha declarado la exequibilidad de los incisos 1, 2 y 3 del artículo, excepto la parte final de éste último artículo. Por ello, afirma la demandada, todos los partes del régimen de transición que han sido declarados ajustados a la Constitución Política, deberían aplicarse en su totalidad, a todos los servidores públicos que cumplan los requisitos exigidos para ello, con el fin de que se cumpla con el propósito unificador de las condiciones de reconocimiento que se pretendieron con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Agrega que, por varios años las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestaciones Definida (CAJANAL, ISS, y CAPRECOM) han venido aplicando en sus decisiones administrativas, así como en los argumentos esbozados en la defensa judicial el criterio de que el reconocimiento y la liquidación de las pensiones del régimen de transición se realizaba únicamente respetando los beneficios de edad, tiempo y monto (entendido este último como el porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación para determinar el valor de la pensión) del régimen pensional de que era beneficiario el titular del derecho, por lo que la liquidación se realizaba conforme con lo establecido en el inciso 3 del citado artículo 36, es decir, con el tiempo que le hacía falta para cumplir el status pensional o con los últimos 10 años devengados, según fuese el caso, tomando como factores de liquidación, los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta que las cotizaciones al Sistema General de Pensiones se realizaban sobre estos emolumentos por disposición expresa, quedando excluidos de la base de cotización los demás factores que no se encontraban allí contemplados, y por cuanto al servidor público solo es permitido actuar dentro del marco de la Constitución y la Ley.





No obstante la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que el régimen de transición de la Ley 100, comprende la edad, el tiempo y el modo del régimen pensional que se venía cotizando, entendiendo este último, no solo como un porcentaje, sino como un conjunto de conceptos, que incluye la manera y el tiempo de liquidación (I.B.L.) que disponía cada régimen pensional, así como los factores a tener en cuenta al momento de realizar el reconocimiento de la pensión.

Sin embargo, esta posición no ha sido uniforme en la Jurisprudencia, pues la Corte Suprema de Justicia, ha señalado en reiterados fallos que el régimen de transición comprende únicamente la edad, el tiempo de servicio y el momento, entendido este último como el porcentaje de la pensión que establecía el régimen anterior, por lo que la liquidación se calcula con base en lo preceptuado por el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100, es decir, con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciera falta o con los últimos 10 años según sea el caso.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición, y por tanto, son las reglas contenidas en aquel régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

De otro lado, resaltó que mediante auto A- 326 de 2014, por el cual resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo, año, el máximo tribunal constitucional reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C- 258 de 2013, en la que por primera vez se analizó el IBL, en el sentido que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

Solicita la demandada se aplique la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU 230 de 2015, en la cual la Sala plena volvió a sentar las bases para la interpretación del régimen de transición, señalando que dicho régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservó para sus beneficiarios la aplicación de la norma anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación.





De otro lado, explica que si se accede a cancelar los factores salariales deprecados, se transgrede el principio de sostenibilidad presupuestal, consagrado en el artículo 1 del acto legislativo 001 de 2005, principio que llama a la cordura y a la razonabilidad del sistema presupuestal, ya que debe existir coordinación ente los emolumentos y los egresos.

Por último, la parte demandada solicita se desestimen cada una de las pretensiones propuestas por la parte demandante.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 14 de julio de 2017, el Juez Segundo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, dándole la razón a la parte demandante, en aplicación del precedente establecido por el H. Consejo de Estado, en su jurisprudencia.

Al respecto, el Juzgador de primera instancia estimó que le asistía razón a la parte demandante a que se le reliquide su pensión, en virtud a que, como beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, norma que debe ser aplicada para efectos de calcular el monto de la pensión de jubilación. En ese orden de ideas, el Juez *A quo* dio aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, según la cual, las personas que sean beneficiarias del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, se les debe reliquidar la pensión para reconocerles el 75% de promedio de los devengado en el último año de servicios, con inclusión de todos los factores salariales.

Bajo ese entendido, al encontrar probado que la parte actora en este evento le era aplicable el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, ordenándose que se le reliquidara la pensión del señor LUIS EDUARDO GÁNDARA REYES, con el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, incluyéndose la asignación básica mensual, horas extras diurnas y nocturnas, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, 1/12 bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, Pro social, 1/12 prima de servicios, 1/12 prima de vacaciones y 1/12 prima de navidad. Declaró probada la excepción de prescripción de olas diferencias de las mesadas pensionales causadas en favor del demandante con anterioridad al 30 de octubre de 2010.

³ Folio 113-131





IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito de 01 de agosto de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, manifestando que uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993, fue buscar la unificación de los diferentes regímenes pensionales que existían con anterioridad a su vigencia, sin embargo, con el objeto de no afectar las situaciones próximas a consolidarse, se estableció un régimen de transición que permitiera la aplicación gradual del nuevo sistemas de pensiones.

Explica la UGPP que en la actualidad existen diferentes interpretaciones sobre la forma como deben ser liquidadas las pensiones, lo que genera inseguridad jurídica, pues la entidad no puede desconocer ninguno de los fallos judiciales, lo que genera, además, un tratamiento diferencial e injustificado entre los pensionados.

Indica que resulta válido y necesario apartarse del precedente judicial emanado del Consejo de Estado sobre la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial que sobre este punto ha hecho la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo establecido en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, al ordenar la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas a los terceros, donde también contempla la posibilidad fáctica de que el operador administrativo se niegue a la petición que en ese sentido le sea elevada.

Igualmente la demandada, expone el principio de sostenibilidad presupuestal, como argumento de la alzada, expresando que la Constitución no establecía la necesidad de asegurar el equilibrio económico del sistema, lo que a la postre coloca en peligro el sistema mismo y la estabilidad financiera de la nación.

En conclusión, al demandante se le debía aplicar las normas vigentes a la fecha de adquisición de status jurídico de pensionado, tal como lo hizo la entidad demandada, ya que en rigor la Ley 100 de 1993, norma que se encuentra vigente al momento de cumplir su status pensional, el ingreso base para liquidar su pensión es el cotizado durante los últimos diez (10) años anteriores, al reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta lo establecido tanto en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y el Decreto 1158 de 1994, en donde no se contempla todos los factores salariales certificados como ítems que integren el ingreso base de cotización, que únicamente se encuentren aquellos citadas de manera taxativa por la Ley.

⁴ Folio 133-138





Solicita se revoque la sentencia recurrida, manifestando que no le asiste el derecho al demandante, que se reliquide la mesada pensional en un 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por encontrarse en contradicción con el precedente reiterado de la Corte Constitucional, donde señala que el IBL no es un elemento del régimen de transición, por lo tanto el ingreso base de liquidación es el cotizado durante los último 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, incluyendo solo los factores que taxativamente contemple la Ley.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 08 de noviembre de 2017⁵ se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, con providencia del 06 de abril de 2018⁶, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con auto del 06 de junio de 2018⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: La parte accionante no presentó escrito de alegatos.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 26 de abril de 2018, ratificándose en los argumentos de la apelación.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

⁵ Folio 142 Cdo. 1

⁶ Folio 4 C. 2ª instancia

⁷ Folio 8 C 2ª instancia

⁸ Folios 11-32 C 2ª Instancia



7.3. Actos administrativos demandados.

Resolución No. RDP 052074 del 12 de noviembre de 2013 emanada por la UGPP, por medio de la cual se negó la reliquidación pensional del demandante, con inclusión de factores salariales correspondiente para liquidar la pensión del señor LUIS EDUARDO GÁNDARA REYES.

Resolución No. RDP 055883 del 09 de diciembre de 2013 emanada por la UGPP, por medio de la cual se confirmó la Resolución No. RDP 052074 del 12 de noviembre de 2013.

7.4 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 lo devengado durante el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales.

A efectos de resolver el problema jurídico, la Sala entrará a determinar, ¿Si el ingreso base para liquidar la pensión del demandante es el previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo estima la entidad demandada, o el consagrado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, tal como se solicita en la demanda?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala estima que 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 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 de 1993, 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 de 1985, pero estima que el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100 de 1993, 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. La aplicación de la sentencia referida se hará de forma inmediata en los casos que no han sido objeto de decisión final, como el presente que ocupa a la Sala.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y se denegarán las pretensiones.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:





7.6.1 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.

La Sala precisará la norma anterior a la Ley 100 de 1993 que regulaba la situación pensional del actor para efectos de establecer la cuantía de la prestación que se le debió reconocer.

7.6.2 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"

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".

7.6.3 Sentido y alcance del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Si bien 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 1992,⁹ 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 decrete 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.

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso seguido

⁹Ley 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.*





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 **subreglas**:

94. **La primera subregla** 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. (...)

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

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

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.

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 prohija los criterios expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena antes citada y los aplicará al caso concreto.

7.7 Caso concreto.

7.7.1 Hechos probados

- Resolución N° 006580 de 26 de abril de 2000, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social reconoció la pensión de jubilación del demandante, en cuantía de \$ 295.807,81, a partir del 01 de mayo de 1999.¹⁰
- Solicitud de revisión y reliquidación de pensión vejez por falta de factores salariales, radicada ante la UGPP.¹¹
- Resolución No. RDP 052074 de 12 de noviembre de 2013, por la cual se niega la reliquidación solicitada por el demandante.¹²
- Resolución No. RDP 055883 09 de diciembre de 2013, por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la Resolución 52074 del 12 de noviembre de 2013.¹³
- Certificado suscrito por la Coordinadora de Recursos Humanos de la Institución Tecnológica Colegio Mayor de Bolívar de 27 de octubre de 2014,

¹⁰ Folios 2-5 cdno. 1

¹¹ Folios 6-7 cdno. 1

¹² Folios 9-11 cdno. 1

¹³ Folios 18-19 cdno. 1



mediante la cual hace constar que el demandante fue vinculado como empleado público en el cargo de mecánico código 6010 grado 06, a partir del 03 de mayo de 1979.¹⁴

- Copia de la cédula de ciudadanía del demandante.¹⁵

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

El caso objeto de análisis hace referencia a la reclamación que efectuó el actor a la entidad accionada para obtener la reliquidación de su pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, con un monto en el que se tome como promedio lo dispuesto en las reglas sobre el ingreso base de liquidación (IBL) de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios.

En el presente caso, no es objeto de discusión que al demandante, la amparaba 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 previsto en la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985.

Así mismo, se encuentra acreditado 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; teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado examinada previamente, a la liquidación del derecho pensional del señor Luis Eduardo Gándara Reyes, debió aplicarse la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta únicamente 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, más no como el ingreso base de liquidación – IBL -, componente para el cual debe seguirse lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición. Además solo deben en cuenta tenerse a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones.

Así las cosas, no es posible aplicarle al demandante, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985 de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

¹⁴ Folios 22-24 cdno. 1

¹⁵ Folio 25 cdno. 1





El A- quo, al ordenar en la sentencia apelada que se reliquidara la pensión de jubilación de la demandante con inclusión de todos los factores devengados y que se tuviera como periodo para determinar el IBL el último año de servicios, violó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya interpretación debió efectuar en los términos que finalmente adoptó la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que este Tribunal adopta y prohija.

Por lo anterior, se revocará el fallo apelado de 14 de julio de 2017, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; en su lugar, se denegaran las mismas.

7.8. Conclusión

La Sala **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia, puesto que, la pensión del accionante goza del régimen de transición, contemplado en la Ley 33 de 1985, sólo para efectos de edad, tiempo de servicio y tasa de remplazo (75%); pero, el ingreso base de liquidación, tal como se anotó en el acto acusado, se promedió, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de lo que le faltare, es decir tomando lo reglado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que el IBL, no fue cobija por dicha transición.

Bajo ese entendido, no es posible aplicarle al señor LUIS EDUARDO GÁNDARA REYES, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

7.9 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.

En ese sentido, si bien habría lugar a condenar en costas a la parte demandante por haber resultado vencida en el presente proceso, la Sala no le impondrá tal condena, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que adoptaba este Tribunal era la inescindibilidad del régimen de transición, criterio en cuyo marco se entiende actuó la parte accionante bajo el convencimiento de que era necesaria la puesta en funcionamiento de la jurisdicción y que sus





pretensiones podrían ser prósperas. En tal sentido, al resultar vencida la parte demandante, por revocarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

VIII.- DECISIÓN

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

IX.- FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia de primera instancia, proferida el 14 de julio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia, conforme a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones elevadas por el señor LUÍS EDUARDO GÁNDARA REYES, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: No condenar en costas de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

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 considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 118

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

