



Cartagena de Indias D.T y C., veintidós (22) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00417-01
Demandante	NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reliquidación pensional – factores

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 14 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, 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 LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderada judicial constituido para el efecto NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 1-15 c/no 1



2.2. Pretensiones

"1. DECLÁRESE la nulidad ABSOLUTA del acto administrativo Resolución RDP 002021 de fecha 20 de enero de 2015 notificada personalmente el 11 de febrero de 2015, 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 NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ.

2. DECLÁRESE la nulidad ABSOLUTA del acto administrativo Resolución RDP 014706 de fecha 16 de Abril de 2015 notificado electrónicamente el día 07 de Mayo de 2015, expedido por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, que en sede de apelación confirma la decisión tomada en la Resolución RDP 002021 de fecha 20 de Enero de 2015.

3. DECLÁRESE que la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E., al reconocer a través de la Resolución UGM 002041 del 25 de julio de 2011 la pensión de vejez de la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, no tuvo en cuenta (sic) totalidad de los factores salariales que remuneraron al servicio en el periodo comprendido entre el 16 de julio de 1998 y el 15 de julio de 2008, 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 NERYS PEINADO HERNÁNDEZ, a fin de que en ella se incluyan todos aquellos factores que no fueron tenidos en cuenta por la resoluciones UGM 002041 del 25 de Julio de 2011 expedida por la extinta Cajanal, RDP 002021 de fecha 20 de Enero de 2015 y RDP 014706 de fecha 16 de Abril de 2015 expedidas por al UGPP, que remuneraron el servicio de mi mandante en el periodo comprendido entre el 16 de julio de 1998 y el 15 de julio de 2008.

B. CONDENE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP que para efectos de determinar el nuevo IBL será necesario, no solo incluir la totalidad de los factores salariales percibidos (sic) por mi poderdante durante el periodo comprendido entre el 16 de julio de 1998 y el 15 de julio de 2008, sino actualizar el promedio base de liquidación, teniendo en cuenta que el último día laborado fue el 15 de julio de 2008 y el reconocimiento y pago se realizó tres años después, a través de la resolución UGM 002041 el 25 de julio de 2011

C. CONDENE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, a CANCELAR a la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, las diferencias dejadas de pagar en su mesada pensional desde el 16 de julio de 2008, y hasta la fecha en la que se resuelva favorablemente la demanda (...)





D. CONDENE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, a cancelar los intereses de mora que ocasionó el pago tardío de las sumas de dinero que ahora se reliquidan.

E. De no acceder a los intereses de mora, que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP al pago de la indexación de la condena (...)"

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

La demandante expone que, presentó el 3 de noviembre de 2005 solicitud de pensión de vejez por haber cumplido con los requisitos de Ley para acceder a la misma, radicada la misma bajo el número 40363/2005.

Que, la extinta Cajanal, a través del acto administrativo Resolución UGM No. 002041 de 25 de julio de 2011 le reconoció y ordenó el pago de su pensión mensual vitalicia de vejez de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Manifiesta, que dichas disposiciones establecen que la pensión de jubilación se otorgara en un 80% del promedio de su salario en los últimos 10 años de cotización. Explicando que la Resolución UGM 002041 de 25 de julio de 2011, estableció que la cuantía por la cual se reconoció su pensión era de (\$912.830.99) mensuales, pagaderos a partir del 01 de Agosto de 2005 pero con efectos fiscales a partir del 16 de julio de 2008, es decir, al día siguiente de retirarse definitivamente del servicio activo.

Afirma la actora que, adquirió el status de pensionada el 26 de mayo de 2005, fecha en que cumplió 50 años de edad y tenía más de 20 años de servicio público, que completó 1.995.85 semanas, al servicio exclusivo del Estado, siendo su último cargo el de auxiliar del área de la salud.

Añade que, en la misma Resolución UGM No. 00241 de 25 de julio de 2011, se establece que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Señala que la Resolución UGM No. 002041 de 25 de julio de 2011 excluyó como factores salariales los siguientes; el subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad.





El día 18 de septiembre de 2014, se radicó solicitud de reliquidación pensional ante la UNIDAD ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, radicada bajo el No. SOP201400048250.

Que a través de Resolución RDP 002021 de 20 de enero de 2015, la demandada niega el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional; prestándose dentro de la oportunidad legal recurso de apelación.

Mediante Resolución No. RDP 014706 de 16 de abril de 2015, la UGPP confirma la decisión tomada en la resolución RDP 002021 de 20 de enero de 2015.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

- Constitución Política Artículo 53
- Decretos 1042 y 1045 de 1978
- Leyes 33 y 62 de 1985
- Ley 100 de 1993 Artículo 21,34 y 36
- Ley 33 y 62 de 1985

2.4.1 Concepto de la violación

Indica la actora que nació el 26 de mayo de 1955 y desde el 1 de octubre de 1969 hasta el 15 de julio de 2008, laboró como auxiliar de enfermería, lo que quiere decir, que el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía 39 años de edad y 24 años de servicio, luego entonces, está amparada por el régimen de transición conforme lo establece el artículo 36 de la norma en cita.

Explica que adquirió el status de pensionada el 26 de mayo de 2005, fecha en que tenía cumplidos 50 años y había cotizado al menos 1.841.57 semanas de cotización en el régimen de prima media con prestación definida en la caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), no obstante continuó laborando hasta el 15 de julio de 2008, por lo que cotizó como servidor público 1995.85 semanas y solo a partir del 16 de julio de 2008, fui incluida en nómina de pensionados, por demostrar el retiro definitivo del servicio.

Que el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, estableció el monto de pensión de vejez, a partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación,





llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo, el valor total de la pensión no podrá ser superior al 80% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Explica que al momento de retirarse del servicio activo había cotizado al sistema de riesgo al menos 1995 semanas, con base en la regla establecida en el artículo anterior, tiene el número de semanas suficientes para acceder al 80% establecido para el legislador como monto de la pensión.

Adicionalmente, como quiera que la pensión reconocida por parte de Cajanal, a través de la Resolución UGM No. 002041 de 25 de julio de 2011 lo realizó de acuerdo con los factores salariales, percibidos hasta el año 2005 y teniendo en cuenta que la señora Peinado se retiró del servicio activo el 15 de julio de 2008, tiene derecho a que se reliquide su IBL incluyendo aquellos factores salariales percibidos con posterioridad a la fecha de la Resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

Que el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es claro en cuanto a la afirmación de que el IBL lo constituyen el promedio de lo devengado; en el caso concreto, durante los últimos 10 años de servicios, debidamente actualizados anualmente según la variación del IPC, la frase "*promedio de lo devengado*", incluye sin duda la totalidad de los factores salariales que remuneraron el servicio, por lo que no puede por manera alguna excluirse factores salariales que se haya demostrado efectivamente remuneraron el servicio activo en el periodo comprendido entre el 15 de julio de 1998 y el 15 de julio de 2008. El artículo 42 de Decreto 1042 de 1978 reitera que "*...constituye 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, durante el periodo comprendido entre el 15 de julio de 1998 al 15 de julio de 2008, lo constituye 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.

De todos los factores enunciados, en la Resolución UGM No. 002041 de 25 de julio de 2011 solo se tienen como tales, la asignación básica mensual, la bonificación por servicios prestados, la prima de antigüedad y el promedio de horas extras o recargos nocturnos.





2.5 Contestación²

- ACERCA DE LAS PRETENSIONES

La parte demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones, porque la mesada pensional liquidada se encuentra ajustada a derecho y a los factores certificados, dado que el reconocimiento realizado se encuentra conforme al régimen contemplado en la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, que era la legislación aplicable a la fecha del status, en consecuencia, la parte accionante no tiene derecho a la reliquidación.

- ACERCA DE LOS HECHOS

La UGPP manifiesta su conformidad con los hechos 1º, 2º, 3º, 6º y 7º, planteados por la parte actora; en cuanto a los hechos 4º y 5º, los admite pero aclara que como la demandante adquirió el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, hay lugar a aplicarle el contenido del artículo 36 de la misma, en lo que respecta a la liquidación de la pensión, el cual establece un IBL del 75% del promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta o con los últimos 10 años de servicios de conformidad con el artículo 36.

- EXCEPCIONES

Como excepciones de fondo ha propuesto la parte demandada las siguientes:

Prescripción: Propone que se declare la prescripción de todos aquellos derechos que no hayan sido reclamados por la parte actora dentro de la oportunidad legal y pertinente, ya que la exigibilidad de una posible obligación depende del ejercicio del derecho en tiempo.

Inexistencia de la Causa Petendi y Cobro de lo no debido: Sustenta esta excepción alegando que la pensión reconocida a la demandante está ajustada a las disposiciones aplicables al momento de su causación.

Buena fe: Indica que tiene la convicción de haber actuado conforme a lo que las normas jurídicas le imponen o en otras palabras considera que su actuar estuvo ajustado a la ley.

² Folio 73-88



Falta de cotización de los factores salariales: Fundamenta esta excepción en que la demandante no actúa conforme a derecho al solicitar el pago de factores salariales de los cuales no realizó aportes para pensión. 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.

Inexistencia de la indexación para el caso: Se opone a la indexación de las condenas de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, porque a diferencia de lo que sucede dentro de la Jurisdicción Ordinaria Laboral que carece de una norma que faculte expresamente al juez para decretarlo; si tiene una norma que le da sustento legal a una decisión de esta naturaleza cual es el artículo 184 del CPACA que autoriza al Juez para decretar el ajuste tomando como base el IPC o al por mayor de manera que esta norma despeja cualquier duda que pudiera surgirle al Juez Administrativo en relación con la fuente legal que le sirva de sustento en estos casos.

Genérica e innominada: Solicita que se declare probada como tal cualquiera que el fallador así encuentre.

- **RAZONES DE LA DEFENSA**

La entidad demandada explica 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



contemplados, y por cuanto al servidor público solo es permitido actuar dentro del marco de la Constitución y la Ley.

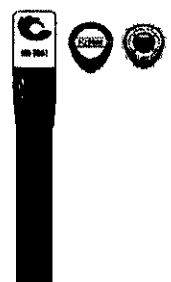
No obstante la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que el régimen de transición de la Ley 100, comprende la edad, el tiempo y el modo del régimen pensional que se venía cotizando, entendiendo este último, no solo como un porcentaje, sino como un conjunto de conceptos, que 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





Falta de cotización de los factores salariales: Fundamenta esta excepción en que la demandante no actúa conforme a derecho al solicitar el pago de factores salariales de los cuales no realizó aportes para pensión. 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.

Inexistencia de la indexación para el caso: Se opone a la indexación de las condenas de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, porque a diferencia de lo que sucede dentro de la Jurisdicción Ordinaria Laboral que carece de una norma que faculte expresamente al juez para decretarlo; si tiene una norma que le da sustento legal a una decisión de esta naturaleza cual es el artículo 184 del CPACA que autoriza al Juez para decretar el ajuste tomando como base el IPC o al por mayor de manera que esta norma despeja cualquier duda que pudiera surgirle al Juez Administrativo en relación con la fuente legal que le sirva de sustento en estos casos.

Genérica e innominada: Solicita que se declare probada como tal cualquiera que el fallador así encuentre.

- **RAZONES DE LA DEFENSA**

La entidad demandada explica 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 septiembre de 2016, el Juez Octavo Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió declarar la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho, se ordenó la reliquidación pensional equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios.

El Juez A quo expuso, que, la parte demandante le es aplicable las disposiciones de la Ley 33 de 1985 y al momento que se le reconoció la pensión de vejez, no se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios. Además, que la reliquidación debió efectuarse acorde con la norma citada y en aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, emitido por el máximo Tribunal de los Contencioso Administrativo, siendo consejero ponente el Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Que en lo relativo al periodo a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el juez de primera instancia consideró que no podía aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiaria del régimen de transición, lo procedente es aplicar el régimen anterior en su integridad, esto es la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de inescindibilidad, que no permite al operador jurídico, utilizar simultáneamente dos disposiciones tomando de cada una de ellas, aquello que resulte más favorable, sin embargo, excepcionalmente, es casos por favorabilidad, donde resulte más beneficioso aplicar el promedio

³ Folios 238-249



de los últimos 10 años, se podrá hacer siempre y cuando el actor prueba que dicha liquidación, le es más beneficiosa.

Que el actor no se le tuvieron en cuenta para liquidar la pensión de vejez, todos los factores salariales, se deberá incluir los demás factores que disfrutó para liquidar la pensión, en consecuencia, se declaró la nulidad de los actos acusados, y en su lugar ordenó liquidar la pensión con todos los factores salariales devengados con el promedio del último año de servicios y en el porcentaje del 75%.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 7 de octubre de 2016, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 14 de septiembre de 2016, manifestando que la pensión de vejez con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, sin consideración a que factores salariales se le realizaron los descuentos para pensión, y sin considerar al régimen legal aplicable para la fecha de adquisición del status de pensionada que fue el 26 de mayo de 2005, fecha en la cual el régimen aplicable era la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003.

Así pues, si a la pensión se le hubiere aplicado el régimen de transición en estricto cumplimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se le hubiere aplicado el 75% del IBL y no un porcentaje mayor como son las resoluciones demandadas.

Que la demandante pretende la liquidación de su pensión, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales con la forma de liquidación de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo a esto, la liquidación pensional se realizó incluyendo los factores salariales a que tenía derecho en su momento, según lo establece el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

Que a la demandante, se le debe aplicar las normas vigentes a la fecha de adquisición del status jurídico de pensionado, tal como se hizo en los actos acusados, ya que en rigor de 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 10 años, anteriores al reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta lo establecido tanto en la

⁴ Folio 251-257 c. 1



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 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 contempló todos los factores salariales certificados como ítems que integren el ingreso base de cotización, donde únicamente se encuentren aquellos citados de manera taxativa por la Ley.

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones parafiscales de la protección social – UGPP.

V. - TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 3 de noviembre de 2016⁵ se concedió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada; con providencia del 5 de mayo de 2017⁶, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 3 de noviembre de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: No alegó de conclusión

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Dentro de la oportunidad legal la demandada alega de conclusión, reiterando los argumentos de la contestación de la demanda, recurso de apelación, especialmente indicando que los factores salariales deben tener en cuenta lo establecido en el Decreto 1158 de 1994.

6.3. Concepto del Ministerio Público⁹. Con escrito del 16 de enero de 2018, el Procurador 130 delegado ante este Tribunal, rindió concepto en el asunto de la referencia.

Ahora bien, advierte esta Corporación que dicho concepto fue aportado de manera extemporánea al proceso, atendiendo a que el término para el mismo corrió del 24 de noviembre al 7 de diciembre de 2017, puesto que la

⁵ Folio 260

⁶ Folio 5 C. 2ª instancia

⁷ Fol. 9 C. 2ª instancia

⁸ Fol. 14-21 C 2ª Instancia

⁹ Folios 22-26 Ibidem





notificación del auto de alegatos, se realizó a las partes el 8 de noviembre de 2017¹⁰.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la segunda 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.

7.3 Actos administrativos demandados.

- Resolución RDP No. 002021 de 20 de enero de 2015, donde se niega la reliquidación pensional, en cuento a la inclusión de todos los factores salariales devengados por la accionante, durante los últimos 10 años de servicio, 1998-2008.
- Resolución RDP 014706 de 16 de Abril de 2015, donde se confirma la decisión anterior y la nulidad parcial de la Resolución UGM 002041 de 25 de julio de 2011.

7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico que se planteará, así:

¿La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social -UGPP-, debe reliquidar la pensión de jubilación de la actora, que se encuentra en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993?

Para resolver lo anterior, deberá determinarse lo siguiente:

¿La señora Nerys Esther Peinado Hernández tiene derecho a que se le tome, como ingreso base de liquidación, los últimos 10 años de servicio laborados (1998-2008), por ser ésta la fecha en la cual ella se retira del servicio; o si por el

¹⁰ Folio 10 – 13 C 2ª Instancia



contrario, lo correcto es calcular el IBL con base en el tiempo que le faltaba a la demandante para obtener el estatus pensional (1995-2005)?

Además, deberá estudiarse si es posible acceder a la inclusión de todos los factores salariales que devengaba la accionante durante el periodo tomado como base para calcular el IBL, como son: el subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, devengados en el último año de servicio?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala considera que efectivamente la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios prestados, toda vez que los art. 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, así lo disponen; además, dicho periodo deberá contabilizarse desde que la accionante dejó de laborar, 15 de julio de 2008, hacia atrás, y no desde que ésta cumplió el estatus de pensionada, año 2005, toda vez que no es posible desconocerle este lapso de tiempo cotizado, desmejorándole sustancialmente su mesada pensional.

Por otra parte, se ordenará la inclusión de la Bonificación por Antigüedad, toda vez que dicho factor lo cotizó durante el periodo de 1998 al 2008, como quiera que el Decreto 1158 de 1994 así lo consagra y en la Resolución No. UGM 002041 de 25 de julio de 2011 no la liquidó.

Para resolver el mérito del *sub examine*, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) Régimen pensional Ley 33 de 1985; (ii) Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985; (iii) Unidad inseparable del régimen pensional; (iii) Del régimen de transición y el concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales, (iv) el caso concreto y (v) conclusión.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1. Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual señala que:

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 mas 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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. ~~Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.~~

Como se desprende de la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994, término de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es en cuanto a:

- La edad para acceder a la pensión de jubilación
- El tiempo de servicio o semanas cotizadas
- El monto de la prestación.

Debe resaltarse, que conforme con sentencia de unificación de la Corte Constitucional, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero sin incluir el ingreso base de liquidación (IBL), el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios, es decir, que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición.

7.6.2 Régimen pensional Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, dispuso en su artículo 1º, que el empleado público tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de





servicio, siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Al respecto la citada norma expone:

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 (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. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978

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. Ver Artículo 7 y s.s Ley 71 de 1988

(...)

Ahora bien, tal como lo establece el parágrafo 2º de la norma antes citada, los empleados oficiales que a la fecha de entra en vigencia de la Ley 33 de 1985 (13 de febrero), hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, se les aplicaría el régimen anterior, en cuanto a la edad de jubilación; es decir, se les aplicaría el régimen dispuesto en el art. 27 del Decreto 3135 de 1968, que establece:

*"ARTÍCULO 27. PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial **que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos** y llegue a la edad de 55 años si es varón o **50 si es mujer**, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. (...)*





Es decir, que las mujeres beneficiarias del Decreto 3135 de 1968, adquirirían el derecho a la pensión una vez cumplieran 50 años de edad, y 20 años de servicio.

7.6.3 De los factores salariales

Para el caso de las personas beneficiarias del régimen de pensiones contemplado en la Ley 33 de 1985, se tiene que, los factores a tener en cuenta para el cálculo de la pensión eran los siguientes:

"ARTÍCULO 3o. 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"¹¹.

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

La referida Corporación fundamenta este criterio sobre la base de los principios de favorabilidad, progresividad de las pensiones y primacía de la realidad sobre la formas, **manifestando que el listado contemplado en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 anteriormente mencionado no es taxativo sino meramente enunciativo, por lo cual se abre la posibilidad de incluir en el monto de la pensión factores salariales diferentes a los allí contemplados, habida cuenta de que no debe entrarse en un retroceso en materia pensional al ir disminuyendo el monto de las pensiones sino por el contrario el monto**

¹¹ Modificado por la Ley 62 de 1985



debe tender al aumento en virtud de que la normativa anterior, esto es, el Decreto 1045 de 1978, tenía un listado enunciativo, más no taxativo. De allí que resulta ilógico tomar el listado de la normatividad posterior (Ley 33 de 1985) como taxativo, cuando la anterior abría la posibilidad de obtener un monto pensional mayor.

Bajo el lineamiento precedente se tendría que garantizar el derecho a la igualdad y evitar que se cause detrimento patrimonial al Estado, por lo cual, en caso de accederse a la inclusión de todos los factores salariales, de las sumas totales a cancelar por tal concepto, se debe ordenar el descuento de los aportes que no se hicieron oportunamente respecto de factores devengados¹².

Bajo ese entendido la Jurisprudencia del Consejo de Estado argumentaba que:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de Julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó¹³:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."

(...) La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación trae como consecuencia la regresividad de los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta

¹² Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010, Exp. No 0112-09¹², sobre los factores de salario a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, concluyendo que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia 9 de Julio de 2009, Ref: Expediente No (0208-2007).





disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones. (...)

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

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978..." (Negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, este criterio, no es acogido por la Corte Constitucional, entidad que ha sostenido, en sentencia SU – 395 de 2017, lo siguiente:

10.2.1.2. Teniendo en cuenta los anteriores escenarios, la Sala Plena considera que se configuran los defectos endilgados en las demandas de tutela por las siguientes razones:

En primer lugar, tal como se advertía en el capítulo anterior sobre el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal E.I.C.E.- acertadamente se rigió para el reconocimiento y pago de las pensiones de las demandantes en los casos bajo estudio, por la citada Ley y su régimen de transición, que mantuvo (i) el tiempo de servicios, (ii) la edad y (iii) el monto de la pensión del régimen anterior; por ello, aplicó el Decreto 929 de 1976 en esos aspectos, pero no para los factores salariales, porque le correspondía lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, señalados específicamente en el Decreto 1158 de 1994.

Sin embargo, en las sentencias objeto de acción de tutela se interpretó que los factores salariales deben ser los consagrados en el régimen anterior, en cuanto que las demandantes son beneficiarias del régimen de transición. Es decir, se concluyó, sin más, que el monto de la pensión al que se refiere el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no significa únicamente la tasa de reemplazo, sino que también incluye el ingreso base de liquidación en sí mismo considerado y los factores salariales -y demás elementos constitutivos de la liquidación pensional-.

De esta suerte, concluyeron que a las demandantes se les debía reconocer una pensión equivalente (i) al 75% (tasa de reemplazo establecida en el art. 7 del Decreto





929 de 1976) (ii) del promedio de los salarios devengados durante el último semestre de servicios (IBL señalado en ese mismo precepto), (iii) incluyendo los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por así autorizarlo el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que hizo extensivas las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan a los empleados de la Contraloría General de la República, en cuanto no se opongan a dicho decreto ni a su finalidad. Igualmente, se dio aplicación al caso del artículo 40 del Decreto 720 de 1978, que establece factores adicionales de salario, ordenamiento este último destinado a los servidores del ente fiscal.

Frente a esta conclusión, se advierte, al rompe, un defecto sustantivo por interpretación contraria a lo expresamente establecido por el legislador en los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como por desconocimiento de las sentencias de constitucionalidad con efecto erga omnes C-168 de 1995 y C-258 de 2013.

(...)

Adicionalmente, resulta preciso hacer especial referencia a la última de las consideraciones citadas, en cuanto plantea la necesidad de dar cumplimiento a la regla establecida en la Ley 100 de 1993 (Art. 13, literal 1) y consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, según la cual, con fundamento en el principio de eficiencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, la liquidación de las pensiones debe corresponder a las cotizaciones efectivamente realizadas.

Por otra parte, la misma sentencia, al estudiar otro caso planteado por la UGPP, expuso:

10.2.2. Defecto sustantivo y violación directa de la Constitución en la interpretación realizada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 frente al régimen de transición aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales de la rama ejecutiva del poder público. Expediente T-3.358.979.

10.2.2.1. Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985-, inició proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación.

El Instituto de Seguros Sociales alega que i) se desconoció el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aun cuando causó su derecho pensional el 26 de agosto de 2003,





es decir, que le faltaban menos de 10 años a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (aplicación indebida del artículo 36 de la Ley 100 de 1993); ii) se usurpó la competencia del legislador de disponer sobre las prestaciones sociales excluidas de los efectos salariales para la determinación del monto de la pensión y iii) se violó el carácter rogado de la acción de nulidad, pues simplemente solicitó la reliquidación con base en los factores consignados en la Ley 62 de 1985 (fallos extra y ultra petita).

En sede de primera instancia se negó el amparo deprecado por improcedente al considerar que la demanda no cumplía con los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias y se trataba más bien de reabrir un debate jurídico ya zanjado.

10.2.2.2. Sobre las anteriores consideraciones, la Sala Plena estima que se configuran los defectos endilgados en la demanda de tutela por las siguientes razones:

En primer lugar, como quedó sentado en el aparte considerativo de la presente sentencia, el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.

Ahora bien, esa garantía de poder recibir un monto de pensión igual, no se traduce automáticamente en la tesis de que una ley nueva no pueda consagrar reglas diferentes en la materia, siempre y cuando los extremos de la expectativa legítima no se vean reducidos al punto de hacer nugatorio o aparente el derecho al régimen de transición¹⁴. Así, para la creación, funcionamiento y sostenimiento de un nuevo sistema es necesario contar con reglas que garanticen los principios que lo sustentan, entre ellos, la sostenibilidad financiera del mismo. De manera que lo liquidado debe ser proporcional a lo cotizado. Por esta razón, se estableció en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, un ingreso base de liquidación para quienes fueren beneficiarios del régimen de transición.

Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a "monto de pensión" como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del

¹⁴ El interesado en el régimen de transición se acoge a él no solamente porque el artículo 36 de la ley 100 de 1993 es muy claro y es una norma de orden público, sino porque se trata de un principio del derecho laboral, reconocido constitucionalmente en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor, y, además, porque en la ley 100 art. 11 y en la propia Constitución (artículo 53) se establece el principio de favorabilidad. Consultar Sentencia T-235 de 2002.





régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Tratándose de los servidores del Estado, como es el caso de los que se regían por la Ley 33 de 1985, salvo algunos casos exceptuados, la regla es el traslado al régimen general de pensiones. En efecto, el artículo 273 de la ley 100 de 1993, al determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, estableció que se podrán incorporar "respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud". Con esta disposición ya se cumplió. El Decreto 691 de 1994 incorporó al sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 a los funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, departamental, municipal, a los servidores públicos del Congreso, a la rama judicial, Ministerio Público, Fiscalía, Contraloría, Organización Electoral. Particularmente, se indicó que para ellos la vigencia del sistema general de pensiones comenzó a regir, en el orden nacional, el 1º de abril de 1994.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión "monto de la pensión" incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.





El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La Sentencia SU-1073 de 2012, al estudiar la cuestión de la indexación de la primera mesada pensional, concluyó que ésta sólo podrá realizarse sobre el pago de las mesadas que no haya prescrito en los términos del Código Sustantivo del Trabajo (tres años).

En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Por último, cabe recordar que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, "impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, y **el monto de la pensión, entendido como tasa de remplazo**. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones".

10.2.2.3. Por lo anterior, habrá de ser revocada la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta- el 11 de agosto de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual denegó por improcedente la acción de tutela. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso.

Bajo este punto de vista, la Corte Constitucional afirma, que el régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, solo cubre los aspectos referentes a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión (tasa de remplazo), pero que, tanto el IBL como los factores salariales que se deben tener en cuenta a la hora de liquidar la mesada pensional deben ser los establecidos en la Ley 100 de 1993; es decir, para este último aspecto, es decir, los factores salariales, de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional, deben aplicarse los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.





Ahora bien, la Corte también ha sostenido en sentencia C- 258 de 2013, lo siguiente:

Esta Corporación declara la inexequibilidad de las expresiones "y por todo concepto" y "por todo concepto", contenidas en el inciso primero y en el párrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En este caso, ante la expulsión del ordenamiento de las expresiones en comento y en vista del mandato del Acto Legislativo 01 de 2005 en el sentido de que "[p]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones", la Sala considera necesario además condicionar la exequibilidad del resto del precepto censurado en el entendido que como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones.

Definido entonces el anterior punto, sin ahondar en mayores elucubraciones se adentra ahora este Cuerpo Colegiado a estudiar el caso concreto.

7.7 Caso concreto

7.7.1 Hechos relevantes probados

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

- Según Registro Civil de Nacimiento aportado al proceso, se advierte que la Señora la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, nació el día 26 de mayo de 1955, por lo que cumplió los 55 años de edad, el 26 de mayo de 2005¹⁵.
- Que, de acuerdo con la Resolución UGM 002041 de 25 de julio de 2011¹⁶, ésta prestó sus servicios en diferentes entidades públicas desde el **1º de octubre de 1969**.
- Conforme con el proyecto de Resolución con radicado No. 040363 del 24 de julio de 2006¹⁷, se encuentra que la accionante presentó petición para el reconocimiento de su pensión de jubilación, el 3 de noviembre de 2005; y a pesar de que dicho proyecto era favorable a la accionante, nunca nació a la vida jurídica porque el Alcalde

¹⁵ Folio 14 c. 1

¹⁶ Folio 148 rev -151

¹⁷ Folio 95-97





encargado del Municipio de San Jacinto, desconoció que la actora hubiera laborado para dicho ente territorial¹⁸.

- Por medio de Resolución 35162 del 24 de julio de 2007¹⁹, CAJANAL decidió negar el reconocimiento de la pensión en mención, aduciendo, que en el trámite administrativo no se había logrado demostrar que la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ hubiera laborado con el Municipio de San Jacinto.
- Contra la anterior decisión, se interpuso recurso de reposición, el 23 de agosto de 2007²⁰, con el cual se aportó el acta de posesión de la demandante ante el prenombrado ente territorial²¹, y un certificado en el que se hace constar que laboró con el mismo, entre el 1 de octubre de 1969 y el 1 de agosto de 1972²².
- Por medio de Resolución No. UGM002041 del 25 de julio de 2011, la extinta Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., expuso que la actora contaba con **1.955 semanas cotizadas**; por lo que le reconoció una pensión vitalicia de vejez, efectiva a partir del 1 de agosto de 2005 pero condicionada al retiro definitivo del servicio, en cuantía de NOVECIENTOS DOCE MIL OCHENTA Y TRES PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$912.830.99), equivalente al 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de **10 años**, comprendidos entre el **1 de agosto de 1995 y el 30 de julio de 2005**, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, incluyendo como base salarial la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y el recargo nocturno²³.
- Con derecho de petición del 18 de septiembre de 2014²⁴, la accionante solicitó i) que se calculara el IBL con base en los últimos 10 años de servicio (1998-2008); ii) que se le incluyeran todos los factores salariales que devengó en dicho periodo; y, iii) que se incremente la tasa de remplazo a 80% toda vez que la demandante tiene 1.955 semanas cotizadas.

¹⁸ Folio 100 c. 1

¹⁹ Folio 114 rev – 115 rev.

²⁰ Folio 118-119

²¹ Folio 120 rev

²² Folio 123 rev.

²³ Folio 148 rev - 151

²⁴ Folio 183 - 185





- Por Resolución No. RDP 002021 DEL 20 de enero de 2015, la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., decidió negar las solicitudes de inclusión de los factores salariales, y de modificar el periodo para calcular el IBL²⁵; y, por medio de Resolución No. RDP 014706 del 169 de abril de 2015, la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., decidió confirmar la decisión anterior²⁶.
- El 19 de abril de 2015, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, profirió la Resolución No. RDP 018025 en la que decidió negar la solicitud de aumento del porcentaje de la tasa de reemplazo²⁷.
- Certificado de Información Laboral – Formularios 1 y 2²⁸
- Certificado de la Gobernación de Bolívar, en el que se indican los factores salariales devengados por la demandante, desde el año 1998 a 2008²⁹.

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

En el caso bajo estudio, se advierte que la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, demanda la nulidad de la resolución **Resolución No. RDP 002021 DEL 20 de enero de 2015**, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., decidió negar las solicitudes de inclusión de los factores salariales, y de modificar el periodo para calcular el IBL³⁰; y, **Resolución No. RDP 014706 del 169 de abril de 2015**, la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., decidió confirmar la decisión anterior³¹, para que en su lugar se acceda a dichos derechos.

Ahora bien, de las pruebas arrojadas al plenario, se halla que, la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, nació el día 26 de mayo de 1955³²; y, de acuerdo con la Resolución UGM 002041 de 25 de julio de 2011³³, ésta prestó sus servicios como enfermera desde el **1º de octubre de 1969** a diferentes entidades públicas, así:

²⁵ Folio 207-208

²⁶ Folio 204-206

²⁷ Folio 202-203

²⁸ Folio 36-67

²⁹ Folio 38-41

³⁰ Folio 207-208

³¹ Folio 204-206

³² Fl. 14 Cuaderno No. 1.

³³ Folio 148 rev -151





- Municipio de San Jacinto desde el 01/10/1969 al 01/08/1972
- Hospital San Judas Tadeo desde el 30/08/1972 al 10/08/1987
- Hospital Monte Carmelo de Bolívar 22/07/1987 al 30/07/2005

Que, inició el trámite de su pensión el **3 de noviembre de 2005**, según consta en el proyecto de resolución del 24 de julio de 2006³⁴, sin embargo, éste se atrasó por causa de una investigación para determinar la veracidad de la información laboral suministrada a CAJANAL, por parte del Municipio de San Jacinto³⁵. Como resultado de lo anterior, se expidió la **Resolución 35162 del 24 de julio de 2007**³⁶, en la que la Administradora de pensiones decidió negar el reconocimiento de los derechos de la actora, aduciendo, no se había logrado demostrar que la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ hubiera laborado con el Municipio de San Jacinto.

Contra la anterior decisión, se interpuso recurso de reposición, el 23 de agosto de 2007³⁷, con el cual se aportó el acta de posesión de la demandante ante el prenombrado ente territorial³⁸, y un certificado en el que se hace constar que laboró con el mismo, entre el 1 de octubre de 1969 y el 1 de agosto de 1972³⁹.

Finalmente, mediante de **Resolución No. UGM002041 del 25 de julio de 2011**, la extinta Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., expuso que la actora contaba con **1.955 semanas cotizadas**; por lo que le reconoció una pensión vitalicia de vejez, efectiva a partir **del 1 de agosto de 2005** pero condicionada al retiro definitivo del servicio, en cuantía de NOVECIENTOS DOCE MIL OCHENTA Y TRES PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$912.830.99), equivalente al 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de **10 años**, comprendidos entre el **1 de agosto de 1995 y el 30 de julio de 2005** (que es el tiempo que le faltaba a la accionante para obtener el estatus pensional), conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93⁴⁰.

Sea lo primero en señalar por esta Colegiatura, que de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrimado al expediente, la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, es beneficiaria del

³⁴ Folio 95-97

³⁵ Folio 100 c. 1

³⁶ Folio 114 rev – 115 rev.

³⁷ Folio 118-119

³⁸ Folio 120 rev

³⁹ Folio 123 rev.

⁴⁰ Folio 148 rev - 151





régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, para la fecha en que entró a regir esta ley – 1º de Abril de 1994- tenía más de 39 años de edad y 25 años de servicios; cumpliendo así con los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en la Resolución UGM 002041 del 25 de julio de 2011, se reconoció la pensión de vejez a la actora, indicando la adquisición de su estatus el **26 de mayo de 2005, cuando ésta cumplió 50 años de edad**. Lo anterior, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el primer inciso del parágrafo 2 de la Ley 33 de 1985⁴¹, la señora PEINADO HERNÁNDEZ tiene derecho a que se le aplique la edad del régimen anterior a la Ley 33/85, toda vez que, para la fecha en la que entró en vigencia la misma 13 de febrero de 1985, la demandante contaba con más de 15 años de servicio. En ese sentido, se tiene que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968, establece que la edad para que las mujeres que presten sus servicios al Estado se pensionen es de 50⁴².

Debe exponerse también, que la liquidación del IBL de dicha prestación, se realizó conforme a los parámetros de la Ley 100 de 1993, es decir, con los últimos diez años a la adquisición del status, con los siguientes factores: Asignación Básica, Bonificación Servicios Prestados y Recargo Nocturno; y condicionada al retiro definitivo del servicio oficial.

Posteriormente, mediante escrito radicado el 18 de septiembre de 2014⁴³, la señora Peinado Hernández solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, conforme a los parámetros del artículo 150 de la Ley 100 de 1993; en esa oportunidad la accionante solicitó: i) que se calculara el IBL con base en los últimos 10 años de servicio (1998-2008); ii) que se le incluyeran todos los factores salariales que devengó en dicho periodo; y, iii) que se incrementara la tasa de remplazo a 80% toda vez que la demandante tiene 1.955 semanas cotizadas.

En respuesta, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, por conducto de la Resolución N°. RDP 002021 del 20 de enero de 2015⁴⁴, no accedió a la

⁴¹ Ley 33 de 1985: art. 1 **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.

⁴² Artículo 27. PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

⁴³ Fl. 183-185 C. N° 1.

⁴⁴ Fl. 207-208 C. N° 1.





reliquidación solicitada, negando la inclusión de los factores salariales, y la modificación del periodo para calcular el IBL, toda vez que adquirió el status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en cuanto a los factores se tienen en cuenta son los consagrados en el Decreto reglamentario 1158 de 1994. La anterior decisión fue confirmada mediante Resolución No. RDP 014706 del 16 de abril de 2015⁴⁵.

La UGPP también expidió la Resolución No. RDP 018025 del 19 de abril de 2015, en la que decidió negar la solicitud de aumento del porcentaje de la tasa de reemplazo al 82%; sin embargo, éste acto administrativo no fue objeto de demanda, por lo cual el asunto se sustrae únicamente al análisis de la modificación del IBL en cuanto al periodo que se debe tomar para liquidarlo, los últimos 10 años de servicio de la actora, y a la inclusión de factores salariales.

i) Del cálculo del Ingreso Base de Liquidación

De acuerdo con la Resolución No. UGM002041 del 25 de julio de 2011, la extinta Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., consideró que a la demandante se le debía reconocer el equivalente al 75% del promedio de lo devengado, sobre el salario promedio de 10 años, comprendidos entre el 1 de agosto de 1995 y el 30 de julio de 2005, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93⁴⁶.

Ahora bien, la parte demandante manifiesta que su pensión tiene que ser reliquidada, en el sentido de que el periodo de 10 años para contabilizar el IBL debe ser tomado desde la fecha en la cual la demandante dejó de laborar, hacia atrás, es decir, desde el 15 de julio de 2008⁴⁷, hasta el 15 de julio de 1998. Lo anterior, atendiendo que el artículo 21 de la Ley 100; al respecto, esta norma establece:

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso

⁴⁵ Folio 204-206 Ibidem

⁴⁶ Folio 148 rev - 151

⁴⁷ Conforme con el certificado visible a folio 41 c. 1





anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo".

Al respecto, considera esta Corporación que, en efecto, el art. 36 de la Ley 100 de 1993 establece que a las personas beneficiarias de dicha norma, que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, se les calculará el IBL con base "en el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior"; es decir, a las que les falte más de 10 años, se les debe calcular el IBL con base en todo ese tiempo; en la misma forma como se establece en el art. 21 de la ley referenciada.

En ese orden de ideas, encuentra esta Colegiatura que, efectivamente, a la señora NERYS PEINADO HERNÁNDEZ, le faltaban, desde la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93, más de 10 años para pensionarse, toda vez que al 1 de abril de 1994, la demandante contaba con 39 años de edad, y adquirió el estatus pensional el 26 de mayo de 2005; por lo que transcurrieron 11 años.

Así las cosas, para efectos de realizar la liquidación de la pensión, debían tenerse en cuenta los últimos 10 años de servicio de la actora, contabilizados desde el 15 de julio de 2008, hacia atrás, pues no puede desconocerse, en perjuicio de la accionante, el periodo laborado desde el año 2005 hasta el año 2008, desmejorando de esa manera su mesada pensional.

Bajo ese entendido, considera este Tribunal, que sí le asiste derecho a la señora NERYS PEINADO HERNÁNDEZ, para obtener la reliquidación de su pensión, con la modificación del periodo tomado para contabilizar el IBL con base en los último 10 años de servicio, es decir, desde el 15 de julio de 1998 hasta el 15 de julio de 2008.

ii) De la inclusión de todos los factores salariales

La parte accionante, solicita que se le reconozcan la inclusión de todos los factores salariales, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 33 de 1995 y el Decreto 1045 de 1978, aplicadas en virtud del principio de favorabilidad.

Para demostrar lo anterior, aporta la certificación expedida por la Secretaria de Salud del Departamento de Bolívar⁴⁸, se observa que la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, entre el año del enero de 1998 y el 15 de julio de 2008, fecha en la que dejó de laborar, devengó los siguientes factores: (i) asignación básica, (ii) prima de alimentación, (iii) bonificación por servicios

⁴⁸ Fl. 38-41.





prestados, (iv) prima de semestral, (v) prima de vacaciones, (vi) prima de navidad, (vii) **bonificación por antigüedad**, (viii) subsidio de transporte y (ix) recargo nocturno.

Frente a este punto, la UGPP expone que la liquidación de la pensión de la demandante se realizó con base en los factores salariales que establece el Decreto 1158 de 1994, que era el vigente para la fecha en la que la actora obtuvo el estatus pensional, y establece lo siguiente:

"ARTICULO 1. El artículo 6 del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados;"

En virtud de lo anterior, mediante **Resolución No. UGM002041 del 25 de julio de 2011**⁴⁹, la extinta Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., le reconoció a la demandante la pensión con fundamento en los siguientes factores: asignación básica, bonificación por servicio, recargo nocturno.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo expuesto en esta providencia encuentra esta judicatura, que la señora NERYS PEINADO HERNÁNDEZ si bien es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dicho beneficio solo le es favorable en cuanto permite la aplicación de la **edad, tiempo de servicio, y tasa de reemplazo del régimen anterior**; no siendo así para lo que se refiere al IBL (que corresponde a los últimos 10 años), ni para los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión.

Bajo ese entendido, conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la actora solo tiene derecho a que se le reconozcan aquellos factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, o, si se quiere ser más garante, aquellos factores sobre los cuales se demuestre que existió cotización al

⁴⁹ Folio 148 rev - 151





sistema de seguridad social en pensiones, los cuales, debían ser liquidados con base en los últimos 10 años de servicio; lo anterior, con la finalidad de proteger la sostenibilidad fiscal del sistema. Sin embargo, advierte la Sala que a la actora se le tuvieron en cuenta, para efectos pensionales, los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, pero no se le incluyó la bonificación por antigüedad, toda vez que la Resolución UGM 002041 de 25 de julio de 2011, en su IBL solo relaciona la asignación básica, bonificación por servicios y recargo nocturno (ver folios 16-21 y 38-41).

Todo lo anterior, se refleja en el expediente prestacional (folio 190-191), donde se puede observar que la demandante, vino percibiendo de manera anual la bonificación por antigüedad, desde el año 1998 hasta el 2007, porque en el año 2008 como trabajo solo un semestre no la generó; por otro lado, en ese mismo expediente aparece el formato No. 3 de certificación de salario de mes a mes, del empleador Empresa Social del Estado Hospital Monte Carmelo del Carmen de Bolívar, donde se evidencia que además de la asignación básica, existen aportes por doceavas partes de otros factores salariales, del decreto 1158 de 1994 (rev 177-179)

Por otra parte, es necesario precisar que, la Sala disiente de la decisión de la Juez A quo por cuanto si bien ordenó reliquidar con inclusión de todos los factores, señaló que a la demandante se le debía aplicar de manera integral la Ley 33 de 1985, asunto que, como ya se explicó no es procedente como quiera que el régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, solo establece la aplicación de la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad, semanas cotizadas y tasa de remplazo del 75%; mas no, con respecto al IBL, que debe ser el de los ultimo 10 años de servicio. Además, a la actora se le aplica es el régimen del Decreto 3135 de 1968, NO la Ley 33 de 1985.

Por esta razón, se MODIFICARÁ, la sentencia de primera instancia, específicamente el numeral segundo de la sentencia del 14 de septiembre de 2016, en el entendido que debe reliquidar la pensión de vejez de la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, con inclusión de la bonificación por antigüedad durante sus últimos 10 años de servicio, es decir, desde el 15 de julio de 1998, hasta el 15 de julio de 2008. Si frente a esta suma no se realizaron descuentos con destino al sistema de seguridad social, la entidad realizará los descuentos que por ley le correspondía aportar al trabajador, que no hayan sido objeto de descuento y que se haya ordenado incluir en el cómputo de la prestación, los girará a las entidades destinadas si hay lugar a ello.





3.7. Conclusión.

En conclusión, la Sala considera que efectivamente la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, tomando como base del IBL los últimos 10 años laborados, es decir, desde el 15 de julio de 1998, hasta el 15 de julio de 2008, toda vez que el art. 36 de la Ley 100 de 1993, así lo dispone.

Lo anterior, teniendo en cuenta que no puede contabilizarse dicho periodo desde que la demandante cumplió el estatus de pensionada, año 2005, toda vez que ésta continuó laborando y cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, no siendo posible desconocerle el tiempo cotizado desde el 2005 hasta el 2008, desmejorándole sustancialmente su mesada pensional.

Ahora bien, este Tribunal MODIFICARA la decisión del Juez A quo, específicamente el numeral segundo y se ordenará la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión de la bonificación por antigüedad, por estar dicho factor establecido en el decreto 1158 de 1994 y no fue tenido en cuenta al momento de liquidar su ingreso base de liquidación en la Resolución UGM 002041 de 25 de julio de 2011.

VIII.- COSTAS -

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial del recurso de apelación.

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia del 14 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, y en su lugar disponer lo siguiente:

"SEGUNDO: CONDÉNESE a la demandada, a efectuar una nueva liquidación de la pensión de la señora NERYS ESTHER PEINADO HERNÁNDEZ, como base del IBL, los últimos 10 años de servicio laborado por ella, es decir, desde el 15





de julio de 1998, hasta el 15 de julio de 2008; para tal efecto reliquidará la pensión reconocida a la actora en Resolución UGM 002041 de 25 de julio de 2011, con la inclusión de los factores allí reconocidos, además deberá incluir la bonificación por antigüedad, si frente a este último factor no se realizaron descuentos con destino al sistema de seguridad social, la entidad realizará los descuentos que por ley le correspondía aportar al trabajador, que no hayan sido objeto de descuento y que se haya ordenado incluir en el cómputo de la prestación, los girará a las entidades destinadas si hay lugar a ello."

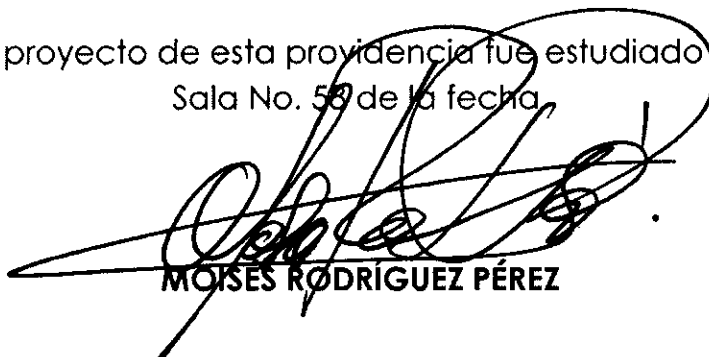
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención.

CUARTO: No CONDENAR EN COSTAS en esta instancia por lo plasmado en la parte considerativa del expediente.

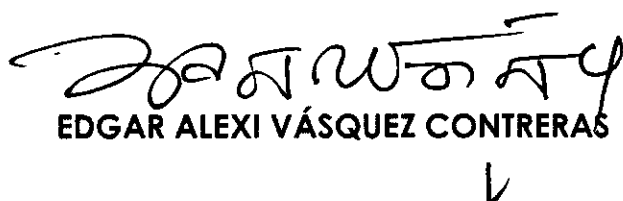
QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITIR** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 58 de la fecha.



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
↓

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Ausente con permiso