



13001-33-33-012-2016-00060-01

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-012-2016-00060-01
Accionante	ADOLFO PADILLA SALCEDO
Accionada	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL
Magistrado Ponente	JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El señor ADOLFO PADILLA SALCEDO laboró como empleado público por más de 25 años en el cargo de CAPATAZ, en la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AREONÁUTICA CIVIL.
- Señala que a través de Resolución No. 001796 del 28 de abril de 1992, la extinta CAJANAL le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación, efectiva a partir del 25 de octubre de 1991. La misma fue reliquidada mediante Resolución No. 002153 del 15 de marzo de 1994, en cuantía de \$188.512.
- En resolución No. 1495 del 20 de marzo de 2009 (modificada por la resolución PAP 003575 del 29 de marzo de 2010) se reliquidó la pensión de jubilación, en cuantía de \$178.014 efectiva a partir del 26 de octubre de 2004.





13001-33-33-012-2016-00060-01

- El 24 de febrero de 2015, solicitó la reliquidación de su pensión con base en el último año de servicios incluyendo todos los factores devengados, petición que fue negada por la entidad a través de la Resolución RPD 024640 del 18 de junio de 2015.
- El 6 de julio de 2015 interpuso recurso de apelación contra la Resolución RPD 024640 del 18 de junio de 2015, confirmándose en todas sus partes mediante la Resolución No. RDP 038174 del 18 de septiembre de 2015.

1.2 Las pretensiones de la demanda

En síntesis solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones RPD 024640 del 18 de junio de 2015 y RDP 038174 del 18 de septiembre de 2015 mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, con inclusión de los factores solicitados.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada i) reliquidar la pensión de jubilación del actor en cuantía de \$178.014 efectiva a partir del 26 de octubre de 2004 con inclusión de los factores devengados en el último año de servicios ii) liquidar y pagar las diferencias entre lo que se le ha venido pagando y lo que se ordene pagar en la sentencia iii) Condenar a la entidad demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), para que sobre las sumas que se le ordene pagar a la demandante, se le apliquen las respectivas actualizaciones y pago de intereses conforme lo disponen los artículos 187 y 192 del CPACA iv) Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas la Constitución Política de Colombia, en su preámbulo y artículos 2, 6, 25 y 58. Ley 33 de 1985, Decreto 1045 de 1978, Decreto 1848 de 1969, Decreto 3135 de 1968, Ley 4 de 1966 y Ley 1437 de 2011.

Señala que el demandante para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, cumplía con el requisito señalado en su artículo treinta y seis para ser beneficiaria del régimen de transición pensional, por lo que su asignación debió liquidarse conforme al régimen anterior de pensiones para el sector



13001-33-33-012-2016-00060-01

oficial, estos es, según lo consignado en la ley 33 de 1985, que señala una base liquidatoria del 75% del salario que sirvió de aportes durante el último año de servicios.

Señala que la entidad accionada debe dar aplicación al anterior régimen pensional y al Decreto 1045 de 1978, toda vez que son las que regulan el caso de la demandante, para determinar los factores salariales a reconocer.

2. Contestación de la demanda¹.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional -UGPP- dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Al respecto manifestó que la liquidación de la pensión de vejez se profirió de conformidad con las normas aplicables y vigentes, las cuales no contemplan los factores invocados por la parte actora.

Manifiesta que en el caso particular se dio aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, manteniendo el régimen anterior en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto, pero en relación con el Ingreso Base de Liquidación se debe tener en cuenta lo señalado en la ley 62 de 1985, en la cual no se encuentran incluidos los factores solicitados por la parte demandante.

Menciona que esta posición, guarda respaldo con lo señalado por la Corte Constitucional, como máximo órgano de lo constitucional, en las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, cuya *ratio decidendi* es de obligatorio cumplimiento por las autoridades públicas y judiciales. Por último presenta las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, falta de cotización de factores e inexistencia de la indexación para el caso.

3. Sentencia de Primera Instancia²

Mediante sentencia de fecha veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, consideró que la parte demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez, con inclusión de todos los factores

¹ Fls. 70-77

² Fls. 109-115





13001-33-33-012-2016-00060-01

salariales devengados durante el último año de servicios, en aplicación del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 65 de la misma anualidad.

Resalto que el demandado adquirió su status pensional y le fue reconocido dicho derecho antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, se causó directamente al amparo de la Ley 33 de 1985, por lo que no está en debate la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como erróneamente se plantea en la contestación de la demanda.

Consideró que el demandante tiene derecho a recibir todos los factores salariales que devengó en el último año de servicios, dando aplicación al precedente fijado por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, sobre la aplicación no taxativa de factores.

4. Recurso de Apelación.³

La parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia apelada y despache desfavorablemente las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta la inconformidad con el régimen aplicado y la forma de liquidación.

La parte demandada UGPP, aduce que el actor adquirió el status pensional bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, por lo cual para efectos de factores salariales se deben tener en cuenta los establecidos en la Ley 62 de 1985.

Del mismo modo aduce que fue reconocida y reliquidada la pensión del demandante conforme al régimen solicitado en la demanda, es decir ya se había aplicado el régimen demandado por lo cual la sentencia en primera instancia no tuvo en cuenta que la mesada pensional corresponde al régimen aplicable.

Aduce que al acceder a cancelar tales factores prestacionales, entre las muchas transgresiones que transcurran, está tipificada una transgresión al principio de sostenibilidad presupuestal.

5. Trámite procesal segunda instancia

³ Fls. 122-126.





13001-33-33-012-2016-00060-01

Con auto de fecha veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018), se admite el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Fls. 4 Cdr. 2). Mediante auto del treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls 7 Cdr. 2)

6. Alegaciones

La entidad demandada -UGPP- no presentó alegatos finales.

La Parte Demandante no Presentó alegatos de conclusión.

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:



13001-33-33-012-2016-00060-01

¿Tiene derecho el demandante a que su pensión sea reliquidada con inclusión de todos los factores percibidos en el último año de servicios, en aplicación de la ley 33 de 1985, al haber consolidado su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993?

3. Tesis de la Sala

La Sala sustentará que la parte demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con base en todos los factores devengados en el último año de servicios, toda vez que la ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985 contempla los factores sobre los cuales se debe efectuar la liquidación de la pensión, indicando que se deberán tener en cuenta en los que se realizó la cotización respectiva, lo que conlleva a **REVOCAR** la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, por cuanto el demandante no acreditó haber efectuado cotizaciones sobre factores adicionales no enlistados en la Ley 62 de 1985.

4. Marco normativo y jurisprudencial

La ley 100 de 1993 contempló un régimen de transición pensional de la siguiente manera:

“ARTICULO. 36.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2527 de 2000. 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 pensional vigente para los trabajadores del sector público -con anterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993-, es el contemplado la Ley 33 de 1985, junto con sus normas reglamentarias y complementarias, las cuales resultan aplicables a quienes con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones cumplían los requisitos



13001-33-33-012-2016-00060-01

necesarios para pensionarse, en su integridad.

Ahora bien, en cuanto a los factores a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones consolidadas en vigencia de la normatividad anterior, el Consejo de Estado, venía sosteniendo desde la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, que el IBL debía estar conformado con todos los emolumentos percibidos en el último año de servicios del empleado, bajo el principio de no taxatividad de los factores, pues se había considerado que: *"debían incluirse además la totalidad de los factores salariales que hubieran sido devengados durante el último año de servicios, así no se encuentren dentro de lo enunciado por la ley 62 de 1985, y por ende, en aras de respetar los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, consagrando como única excepción las sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado."*

Esta posición fue reafirmada y unificada mediante la sentencia de 25 de febrero de 2016⁴ en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, en la que, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 1º de la Ley 62 de 1985, en cuanto a los factores salariales determinantes para fijar la base de liquidación pensional, concluyó que respecto de quienes no se encuentran cobijados bajo el régimen pensional de la Ley 100 de 1993, por ser parte del régimen de transición consagrado en su artículo 36, *"la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes."*

No obstante lo anterior, en reciente pronunciamiento proferido el 28 de agosto de 2018⁵, el Consejo de Estado vario su posición respecto de la taxatividad de los factores, considerando que debían tenerse en cuenta en las liquidaciones pensionales los factores que efectivamente se encuentran indicados en la respectiva norma de manera taxativa, bajo las siguientes reglas interpretativas:

"Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. 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

⁴ Exp. 2013-01541 (4683-2013).

⁵ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01





13001-33-33-012-2016-00060-01

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.

2. 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.

3. 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.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley."

En este orden se observa que el criterio de no taxatividad de factores que venía sosteniendo el Consejo de Estado, fue variado con la anterior disposición jurisprudencial unificada.

5. análisis del caso en concreto



En el presente asunto el demandante sostiene que le asiste el derecho a que su pensión se reliquide con base en todos los factores devengados en el último año de servicios, con aplicación del régimen pensional de la ley 33 de 1985, toda vez que la consolidación de su derecho se dio con anterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993.

El Juez de primera instancia manifestó que el régimen aplicable era el contenido en la ley 33 de 1985 y que en virtud de ello y del criterio jurisprudencial de factores no taxativos fijado por el Consejo de Estado en Sentencia del 4 de agosto de 2010, le asistía el derecho a que su pensión sea reliquidada con base en todo lo devengado en el año anterior al status pensional.

El demandante apela la decisión pues considera que fue reconocida y reliquidada la pensión del demandante conforme al régimen solicitado en la demanda, es decir ya se había aplicado el régimen demandado por lo cual la sentencia en primera instancia no tuvo en cuenta que la mesada pensional corresponde al régimen aplicable.

Respecto al caso particular del demandante, se evidencia que nació el 16 de marzo de 1931 –según la Resolución de reconocimiento visible de folios 31 a 32- , y que laboró como CAPATAZ EN EL AEROPUERTO DE MAGANGUE, DPTO. ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL desde el 20 de octubre de 1967 y se retiró el 15 de marzo de 1993 -según lo consignado en los actos enjuiciados visibles de folios 20 a 38-, de donde se infiere que para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, ya había consolidado su status pensional el día 01 de octubre de 1987.

Ahora bien, el régimen pensional anterior al de la Ley 100 de 1993, es el contenido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad-, por lo que se considera que en este aspecto se debe aplicar el régimen de la ley 33 de 1985, conforme lo ha establecido la Corte Constitucional, al estudiar aplicación de los regímenes de transición.

Así las cosas, se concluye que la pensión de jubilación del demandante se debe reconocer sobre la base del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado durante el último año de servicio y conforme a los factores enlistados en la ley 62 de 1985.



13001-33-33-012-2016-00060-01

En este orden, el artículo primero de la Ley 62 de 1985, señala los factores salariales sobre los cuales se deben liquidar las pensiones en este régimen, de la siguiente manera:

"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 su 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 calcular los aportes."

Descendiendo al caso *sub júdice*, como en el último año de servicio certificado por el demandante – 1 de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1993^a- el actor devengó sueldo básico, bonificación por servicios, prima de navidad, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, recargo nocturno ordinario y dominical, horas extras diurnas ordinarias y dominical, horas extras nocturnas ordinarias y dominical, -de conformidad con la certificaciones obrantes a folios 96 y 97 del expediente-, de los cuales se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985 los de sueldo básico, bonificación por servicios, dominicales, horas extras, recargo nocturno ordinario y dominical.

Por su parte, en los actos enjuiciados se reconocieron los factores de sueldo básico, bonificación por servicios, dominicales, horas extras, recargo nocturno ordinario y dominical del último año de servicio, lo cual resulta correcto.

Ahora bien, se observa que el juez de primera instancia consideró que la parte demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en aplicación del artículo 3º de la Ley 33 de 1983, modificado por la Ley 65 de la misma anualidad, lo cual no resulta correcto, teniendo en cuenta el nuevo criterio adoptado por el Consejo de Estado que varió la postura sobre no taxatividad de factores y dispuso que



13001-33-33-012-2016-00060-01

las liquidaciones debían hacerse sobre factores incluidos en la norma debidamente cotizados.

En conclusión, deberá revocarse la decisión de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, por cuanto el reconocimiento pensional efectuado se adecua a los preceptos normativos fijados en la ley 33 de 1985 y 62 de 1985.

5. Condena en Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se condena en costas a la parte vencida, por tanto se condenarán costas de esta instancia a la parte demandante.

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: REVOCAR en su totalidad la parte resolutive de la sentencia en primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, y en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas den esta instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con los artículos 365 y 366 CGP.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

