



13-001-33-33-004-2015-00315-01

Cartagena de Indias D. T. y C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2015-00315-01
Demandante	JUDITH VICTORIA GAVIRIA DE RUIZ
Demandado	UGPP
Tema:	Reliquidación pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el periodo de tiempo tenido en cuenta para la liquidación pensional
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia oral de fecha diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

"1.- Se declare la NULIDAD de la Resoluciones Nos. RDP 01420 de enero 16 de 2015, la RDP 007131 de febrero 23 de 2015 y la RDP 012125 de Marzo 27 de 2015, mediante la cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- negó la reliquidación de la Pensión de Jubilación a mi mandante.

2.- Que como consecuencia de dicha DECLARACION DE NULIDAD se ordene el RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ordenando la RELIQUIDACION O REAJUSTE de la PENSION DE JUBILACION de mi mandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en su último año de servicio, incrementándole el valor de la mesada pensional a Febrero 01 de 1989 y pagarle el RETROACTIVO PENSIONAL, en la forma como lo señalan las normas legales vigentes a la fecha en que lo separan definitivamente del servicio.-

3.- Que se ordene el pago de los INTERESES MORATORIOS establecidos en el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993.-





13-001-33-33-004-2015-00315-01

4.- Que se condene al ente demandado a cancelar las Costas del Proceso y en especial las Agencias en Derecho.-

5.- Solicito que dichas condenas sean reajustadas con base en el IPC, conforme a lo dispuesto en Nuestro Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo.-

6.- Que se ordene el cumplimiento de la Sentencia que se produzca dentro del presente proceso, en los términos establecidos en el Artículo 192 de Nuestro Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.-"

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Se aducen en los hechos de la demanda que, la señora JUDITH VICTORIA GAVIRIA DE RUIZ, laboró en la SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR por más de veinte años, por lo cual solicitó y obtuvo la pensión de jubilación ante CAJANAL mediante Resolución No. 06091 del 27 de julio de 1988.
- Que el demandante continuó trabajando hasta el 31 de enero de 1997. Por lo que Cajanal reliquidó la pensión mediante las Resoluciones No. 008364 de octubre 16 de 1990, en dicha resolución se tuvo en cuenta el tiempo real de servicio prestado hasta el 31 de enero de 1989, pero no le incluyeron en el Ingreso Base de Liquidación todo lo devengado en su último año de servicio.
- Aduce que Cajanal, sustentó dicha Resolución con base en lo dispuesto Artículo 45 del Decreto 1045 de junio 07 de 1978, por remisión hecha por la Ley 33 de 1985, que no supedita los ingresos al descuento de los aportes, y que a mandante, se le debe reliquidar la pensión con base en todos los factores devengados en el último año de servicios, es decir, todo lo devengado entre el 01 de febrero de 1988 y el 31 de enero 1989.
- Que el demandante agotó vía gubernativa, a través de la presentación de petición ante la UGPP, el día 10 de septiembre de 2014, la cual fue resuelta por la accionada en forma negativa mediante la Resolución No. 01426 del 16 de enero de 2015.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:





13-001-33-33-004-2015-00315-01

- Artículo 45 del Decreto 1045 de junio 07 de 1978, por remisión de la Ley 33 de 1988.

Manifiesta que el demandante devengó en el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 1988 y el 31 de enero de 1989 un salario promedio que ascendía a \$132.636.33 que aplicándole el 75%, nos daría como resultado una mesada pensional a partir del 01 de febrero de 1989 de \$99.477.25. Lo anterior es lo que motiva la solicitud de nulidad de las resoluciones demandadas.

Que respecto a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al demandante se le adeuda un retroactivo pensional causado el 03 de septiembre de 1991. Por lo que es procedente que se liquiden dichos intereses sobre todos aquellos valores adeudados desde su causación y hasta cuando se verifique el pago de las acreencias laborales reclamadas.

Así las cosas, concluye que la entidad demandada al expedir las Resoluciones No. RDP 001426 del 16 de enero de 2015, la RDP. 007131 de febrero 23 de 2015 y la Resolución No. RDP 012125 de marzo 27 de 2015, la sustentan en lo establecido en la Ley 33 de 1985, sin tener en cuenta que dicha norma tiene una transición que beneficia a la actora, por tal debe remitirse al Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que relaciona los factores a tener en cuenta para liquidar las mesadas pensionales.

2. SENTENCIA APELADA (Fl. 110-117)

Mediante sentencia oral de fecha 10 de mayo de 2018, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A quo que la señora JUDITH VICTORIA GAVIRIA DE RUIZ reúne los requisitos para que le sea aplicable el régimen pensión anterior a la Ley 100 de 1993, lo que conforme a la interpretaciones jurisprudenciales que ha hecho el Consejo de Estado involucra que se tomen como norma aplicable en orden a determinar el valor de la pensión de jubilación, esto es, la Ley 33 de 1985, que establece que la pensión se liquidará tomando en cuenta el 75% de todos los factores salariales percibidos por el demandante durante el último año de servicio, por lo que ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, teniendo en cuenta el 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos por el demandante durante el último año de servicios, por otro lado declaró la





13-001-33-33-004-2015-00315-01

prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 10 de septiembre de 2011.

Finalmente, respecto a los intereses moratorios señaló que, no hay lugar a su causación toda vez que el derecho al reconocimiento de la reliquidación pensional a favor de la actora solo viene a ser plenamente establecido o consolidado en esta providencia, la cual es la que reconoce y ordena y el pago de las sumas que se han dejado de pagar al no incluirse todos los factores devengados por la actora. Por lo que negó la pretensión consistente en los intereses moratorios.

3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 24 de agosto de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 18 de enero de 2019 (f. 8 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1. PARTE DEMANDANTE (fs. 11 al 13 cuaderno segunda instancia)

La parte accionante mediante escrito de fecha 26 de febrero 2019, manifestó que quedó demostrado dentro del plenario que al reconocerle la pensión a su patrocinada, no se le incluyeron todos los factores salariales devengados en su último año de servicios, por lo que le asiste razón al A quo en decretar la nulidad de los actos demandados y como consecuencia de ellos, le condenó a reliquidar la mesada pensional a la demandante.

5.2 PARTE DEMANDADA (fs. 14-18 cuaderno segunda instancia)

El apoderado judicial de la accionada aduce que, las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, puesto que ya fue reconocida y reliquidada la pensión del demandante conforme al régimen solicitado en la demanda, es decir, ya se le había aplicado el régimen demandado por lo cual la sentencia apelada no tuvo en cuenta que ya la mesada pensional corresponde al régimen aplicable.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO





13-001-33-33-004-2015-00315-01

El Ministerio Público no rindió concepto dentro del presente asunto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – 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.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la demanda en referencia.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

- i) Determinar si, *¿Es procedente que la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social -UGPP-, reliquide la pensión de jubilación del demandante, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985, tal y como lo pretende la parte demandante?*
- ii) *¿Es procedente el pago de intereses moratorios a la demandante?*
- iii) *¿Es procedente condenar en costas a la UGPP?*

3. Tesis

La Sala REVOCARÁ el numeral OCTAVO, en lo concerniente a la condena en costas; al tiempo que, confirmará la sentencia apelada, toda vez que la señora JUDITH GAVIRIA RUIZ, es beneficiaria del régimen previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en la medida en que para la fecha en que entró a regir la ley – 1º de Abril de 1994-, ya había adquirido su status (11 de diciembre de





13-001-33-33-004-2015-00315-01

1989); así mismo, se tiene que acreditó que los factores salariales alegados fueron cotizados por el actor.

Finalmente, advierte la Sala, que no es procedente el pago de los intereses moratorios a la demandante.

4. Marco normativo y jurisprudencial

4.1. La seguridad Social como derecho fundamental

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido¹ desde dos perspectivas constitucionales, de una parte, como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y por otro lado, como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos.

También se ha señalado que de este derecho se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada².

Bajo esta perspectiva, la garantía y goce de la pensión, como derecho fundamental integral de la seguridad social, debe ser estudiado y aplicado desde una perspectiva constitucional, bajo los principios de universalidad y solidaridad, a la luz de la e interpretación constitucional.

4.2. El Precedente Constitucional

La Corte Constitucional tiene a su cargo "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución³", así pues, es la encargada de fijar los efectos

¹ Sentencia T-039 de 2017

² Sentencia T-013 de 2011.

³ Artículo 241 Constitución Política de Colombia.



13



13-001-33-33-004-2015-00315-01

de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior⁴.

En la sentencia SU-354 de 2017, la Corte Constitucional manifestó que la interpretación de la Constitución tiene como propósito principal orientar el ordenamiento jurídico hacia los valores y principios Constitucionales, por lo que no reconocer el alcance vinculante de los fallos, genera en nuestro ordenamiento jurídico falta de coherencia y contradicciones entre la normatividad y la Carta.

Así pues la máxima autoridad constitucional ha señalado que en los fallos de constitucionalidad, su carácter obligatorio se desprende de los efectos *erga omnes*, así como de la cosa juzgada constitucional de que están revestidos⁵; por ello, se ha precisado que las razones o motivos de la decisión de las sentencias de juicio abstracto contienen la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados, y por tal razón, deben ser atendidas por las autoridades judiciales, para que la aplicación del derecho sea conforme a la Carta Política⁶.

En torno a los fallos de revisión de tutela, se ha referido que el respeto de su *ratio decidendi*, logra la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y la confianza legítima. Igualmente, se ha destacado que cuando se trata de sentencias de unificación y de control abstracto de constitucionalidad, basta un pronunciamiento para que exista un precedente, lo anterior debido a que *"las primeras, unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos y, las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política"*⁷.

⁴ Sentencia T-018 de 2018

⁵ Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

⁶ Sentencia T-410 de 2014

⁷ Sentencia T-233 de 2017.





13-001-33-33-004-2015-00315-01

En este orden, el desconocimiento del precedente constitucional, "independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique, es decir, como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo, no solo conlleva la trasgresión de las garantías fundamentales a la igualdad y al debido proceso, sino que también vulnera el principio de supremacía constitucional.⁸"

De conformidad con lo expuesto, el precedente Constitucional debe ocupar un lugar privilegiado en el análisis del caso por parte del juez de la causa, pues de lo contrario, se quebrantan los principios Constitucionales de la igualdad y la supremacía de la Carta Política, y es que para quienes administran justicia, respetar la jurisprudencia de la máxima corporación constitucional es un deber, especialmente, porque es a través de la función jurisdiccional de la Corte Constitucional que se garantiza la eficacia de los derechos constitucionales a los asociados⁹.

4.3. Posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en Materia de liquidación pensional en régimen de transición.

La ley 100 de 1993, contempló un régimen de transición pensional, para efectos de garantizar derechos consolidados con base en normas anteriores, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El 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." (Texto subrayado fuera del original).

⁸ Ibídem

⁹ T-410 de 2014.





13-001-33-33-004-2015-00315-01

En tal sentido, dicho beneficio está dirigido a: i) Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad al 1º de abril de 1994; ii) hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1º de abril de 1994; iii) hombres y mujeres que independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994.

Respeto de este beneficio, la Corte Constitucional ha venido abordando su estudio para determinar el alcance del mismo, de acuerdo con las disposiciones constitucionales superiores, es así como en la sentencia **C-168 de 1995**, determinó que sin importar cuál era la vinculación anterior, las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, pero las demás condiciones para acceder al derecho pensional, serían las fijadas en la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, en la sentencia **C-258 de 2013**, la Corte estudió la constitucionalidad de la expresión "*durante el último año*" contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y efectuó una interpretación de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición y advirtió además que no consideraba que existiera una "*razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad*".

Por su parte, en la sentencia **T-078 de 2014**, la Corte Constitucional reafirmó el precedente de la sentencia C-258 de 2013, al establecer que el monto de la pensión se fijaba con base en lo dispuesto en el régimen especial, mientras que el ingreso base de liquidación se aplicaba de forma independiente al monto y con sujeción a lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el **Auto 326 de 2014**, la Sala Plena de la Corte Constitucional, ratificó el alcance de la sentencia C-258 de 2013 al manifestar que la *ratio decidendi* de esta providencia interpretó las normas que regulan la aplicación del régimen de transición y estableció que el modo de promediar la base de liquidación no podía ser la estipulada en la legislación anterior, ya que la transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.





13-001-33-33-004-2015-00315-01

Con posterioridad, en la **SU-230 de 2015**, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela que pretendía proteger los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y al mínimo vital, frente a una liquidación pensional realizada con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1º de la Ley 33 de 1985), donde concluyó que a partir de la sentencia C-258 de 2013, la Corte realizó consideraciones generales y fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por lo tanto, son las reglas contenidas en el régimen general las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenezca.

En igual sentido, en la sentencia **SU-427 de 2016** se dispuso que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizada por la sentencia C-258 de 2013 al igual que en la sentencia **SU-210 de 2017**, se mantuvo la consideración sobre la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993.

En contraste con lo anterior, ha sido posición reiterada del Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, el entender que los beneficiarios del régimen de transición pensional deben ser liquidados en su integralidad con el régimen que los cubre, señalando para el efecto que el ingreso base de liquidación hace parte del mismo, y por tanto debe estar conformado con todos los emolumentos percibidos en el último año de servicios del empleado.

Esta posición fue reafirmada y unificada mediante la sentencia de 25 de febrero de 2016¹⁰ en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad del régimen de transición y liquidación de la pensión en el régimen de transición con todos los factores, específicamente se señaló lo siguiente:

"(...) el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición

¹⁰ Exp. 2013-01541 (4683-2013).





13-001-33-33-004-2015-00315-01

pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso. Mantiene el Consejo de Estado las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, así:

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".

3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de la contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015. En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la





13-001-33-33-004-2015-00315-01

sentencia SU-230 de 2015, y en cambio si se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.»

Ahora bien, en reciente pronunciamiento del 28 de agosto de 2018¹¹, la Sala Plena del Consejo de Estado modifico la posición jurisprudencial que venía fijada por la Sección Segunda de dicha Corporación, en la cual se inclinó por la posición adoptada por la Corte Constitucional, pero conservando algunos matices particulares, en dicho pronunciamiento señalo la Alta Corporación:

"Primero: 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 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 hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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."

En este orden, se observa que venían coexistiendo dos posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen de transición pensional en la liquidación de la asignación, no obstante dado el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado que se ha inclinado sustancialmente en dirección a la tesis sostenida por la Corte Constitucional, resulta claro que se debe continuar acogiendo el criterio adoptado como precedente constitucional por la H. Corte Constitucional, el cual se viene aplicando por la Sala incluso desde antes del pronunciamiento del 28 de agosto de 2018, lo cual se acompasa con la nueva postura del Consejo de Estado, dado que la Corte Constitucional en este sentido ha creado una regla de interpretación que no puede ser

¹¹ Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.





13-001-33-33-004-2015-00315-01

desconocida por el operador judicial, toda vez que se trata de una extensión misma del texto constitucional, según la cual, el monto de la pensión reconocida en favor de quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no puede calcularse conforme al IBL estipulado en la legislación anterior, sino al previsto en el inciso tercero de la referida norma, regla que fijó en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la sentencia SU-230 de 2015.

En este orden se tiene que los beneficiarios del régimen de transición pensional, en cuanto al IBL para su liquidación se debe efectuar con base en lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y conforme al artículo 21 de esta norma, sobre los factores efectivamente cotizados y de acuerdo a lo contemplado en el decreto reglamentario 1158 de 1994, y teniendo en cuenta los diez últimos años de servicios si el tiempo faltante para adquirir el derecho fuere inferior a este lapso, o en todo el tiempo cotizado si el tiempo faltante fuere superior.

4.4 Ley 33 de 1985.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985**, cuyo artículo 1º dispone:

"ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al sesenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener





13-001-33-33-004-2015-00315-01

pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"

El artículo 3º ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

"ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcularlos aportes".

4.5. De los intereses moratorios frente a la mora en el pago de las pensiones.

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone lo siguiente:

"Intereses de mora. A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las **mesadas pensionales** de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago." (Negritas por fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, se tiene que Los intereses de mora contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, son una forma de conminar a la entidad encargada de pagar las mesadas pensionales de forma oportuna una vez se reconoce la pensión, con la finalidad de proteger a los pensionados en su calidad de vida, para mantener el poder adquisitivo del valor de su pensión, pues esta es sería la única forma de ingreso para la subsistencia de las personas de la tercera edad, quienes han perdido su fuerza laboral.

Entonces, la indemnización por mora repara los perjuicios que se hubieren podido causar por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, y se justifican ante la ocurrencia de fenómenos económicos que alteran la capacidad para atender las necesidades básicas, como lo son la devaluación de la moneda y la inflación.





13-001-33-33-004-2015-00315-01

En ese orden, el Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia ha señalado que:

"...las prestaciones que eventualmente dan lugar a su procedencia, tienen que ver, con aquellas que están previstas en el ordenamiento jurídico para amparar las contingencias a que se puede ver enfrentada una persona, por razones de la edad, de la enfermedad o por la muerte, y que se materializan en las pensiones de jubilación, vejez, invalidez o aquellas que permiten la sustitución por el deceso del causante.

Esta misma posición fue expuesta por la Sección Segunda, Subsección B15, en la Sentencia del 14 de septiembre de 2017 con radicación 1045-2017."¹²

Finalmente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó:

"En tal sentido, esta Sala se ha pronunciado de manera reiterada, aduciendo que solamente se deben conceder los intereses moratorios, siempre que lo otorgado, sea el reconocimiento de la prestación pensional de manera completa. En ese orden de ideas, cuando a lo que se accede es a la reliquidación o el reajuste de la pensión ya otorgada, no es posible reclamar el pago de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, partiendo de la base que la génesis de los intereses moratorios obedece a una necesidad resarcitoria y protectora frente a los derechos pensionales que no hayan sido reconocidos. Por lo tanto, ordenar una reliquidación de la mesada pensional, parte de la base de que el derecho ya fue adjudicado, aunque de manera errónea. Al respecto, fue abordado de manera reciente en sentencia CSJ SL164-2018, donde se esgrimió:

En lo que concierne a este punto, basta con recordar que a juicio de esta Corporación los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 proceden cuando existe mora o retardo en el pago de las pensiones, pero no frente a su pago incompleto o deficitario. Así, en sentencia CSJ SL21027, 4 sep. 2003, reiterada en SL11427-2016 y SL12765-2017, se adoctrino:

Además, ha sostenido esta Corporación que los intereses moratorios "sólo proceden en el caso que haya mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando, como en este asunto ocurre, lo que se presenta es un reajuste a las mismas por reconocimiento judicial" (Rad. 13717-30 de junio de 2000), argumento este plenamente aplicable a este caso, pues la condena consistió en "los reajustes pensionales causados por su liquidación equivocada, actualizados anualmente a partir del 1º de enero de 1998, atendiendo el I.P.C. certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior".

¹² Sentencia 0074 de 2018 Consejo de Estado, sala de lo contencioso - administrativo, sección segunda subsección b; Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.





13-001-33-33-004-2015-00315-01

En conclusión, se entiende que no erró el Tribunal al momento de proferir el fallo, pues acertadamente partió de la base que al señor Mendoza Alvarado ya le fue reconocida con anterioridad la pensión de vejez y que, en consecuencia, su pretensión principal era la reliquidación de la misma tomando como IBL el promedio de los salarios devengados en toda su historia laboral.

En tal escenario, no procede el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que el cargo presentado no ha de prosperar."¹³ (subrayado y cursiva por fuera del texto)

5. ARGUMENTACIÓN FÁCTICA-PROBATORIA

5.1 Hechos probados

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

1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente que la señora JUDITH VICTORIA GAVIRIA DE RUIZ, laboró en la Secretaria de Salud de la Gobernación de Bolívar desde el 01 de junio de 1976 al 31 de enero de 1989. (Fl. 105)

1.2. Que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de Jefe de la Sección e Trabajo Social. (Fl. 105)

1.3 Mediante Resolución No. 06091 del 27 de julio de 1988 CAJANAL reconoció al señor PADILLA MARTINEZ (FIS. 17-19).

1.4. Que por medio de la resolución No. 008364 del 16 de octubre de 1990, se reliquidó la pensión del demandante (fls. 20-21).

1.5. Así mismo, que el demandante agotó vía gubernativa, a través de la presentación de petición ante la UGPP, el día 10 de septiembre de 2014, radicado bajo el número SOP201400046701, la cual fue resuelta por la accionada en forma negativa mediante la Resolución No. RDP 001426 del 16 de enero de 2015. (Fl. 31-32)

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral SL1160-2018 Radicación n. ° 49457, Magistrada Ponente: Ana María Muñoz Segura.





13-001-33-33-004-2015-00315-01

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

Sea lo primero en señalar por esta Colegiatura, que en el *sub judice*, el extinto CAJANAL, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al demandante, mediante Resolución No. 6091 del 27 de julio de 1988, expedida por la extinta CAJANAL, en cuantía de \$53.631.88 MCTE, efectiva a partir del 01 de abril de 1987.

Así mismo, se tiene que el demandante, a través de petición radicada en el extinto CAJANAL, el día 10 de septiembre de 2014, bajo el número SOP201400046701, solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación por nuevos factores de salario; petición que fue contestada por la demandada, mediante Resolución No. RDP 001426 del 22 de enero de 2015 (fl. 31), por la cual se niega una solicitud de reliquidación de pensión de jubilación por nuevos factores de salario.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrojado al expediente, se tiene que la señora JUDITH VICTORIA GAVIRIA DE RUIZ, es beneficiario del régimen previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en la medida en que para la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993 – 1º de Abril de 1994-, ya había adquirido su status pensional, (11 de diciembre de 1988).

En esa medida, concluye la Sala que, la entidad accionada debe liquidar la pensión del accionante en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo los factores devengados este último año.

En el *sub judice*, se acreditó que el demandante adquirió su estatus jurídico de pensionado el día 11 de diciembre de 1988, tal y como se indica en el acto administrativo acusado – Resolución No. RDP 001426 del 22 de enero de 2015 (fls.31-32); así mismo, se acreditó que el peticionario fue retirado del servicio el 02 de mayo de 30 de enero de 1989- (Fl.105).

De otro lado, se encuentra acreditado con el certificado expedido por la Secretaria de Salud de la Gobernación de Bolívar, de fecha veinticinco (25) de enero de 2017(fl. 105); que el demandante en el último año de servicio, comprendido entre el 01 de enero de 1996 al 30 de junio de 1993, devengó los siguientes factores salariales: (i) asignación básica, (ii) prima de servicios, (iii)





13-001-33-33-004-2015-00315-01

prima de vacaciones, (iv) bonificación por servicios prestados, (vi) prima de navidad, (vi) bonificación por antigüedad (vii) vacaciones; sin embargo dichos factores solo se tuvieron en cuenta la asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad (fls. 20-21); por lo que es procedente la reliquidación deprecada, con inclusión de la Prima de servicios, Prima de Vacaciones, Prima de navidad, Bonificación por antigüedad y vacaciones.

Así mismo, advierte esta Corporación, que en dicha certificación se encuentra acreditado que los factores salariales alegados fueron cotizados por la señora JUDITH VICTORIA GAVIRIA DE RUIZ.

En este sentido, precisa la Sala que, le asiste razón al A quo por cuanto ordenó reliquidar la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores devengados, y señaló como período para determinar el IBL, el último año de servicios. En este sentido, se confirmará el fallo apelado de fecha diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

5.3. Intereses moratorios.

Advierte la Sala, que mediante escrito de fecha 23 de mayo de 2018, el apoderado de la parte accionante, interpuso recurso de alzada manifestando que el A-quo no condenó a la parte accionada a cancelar los intereses moratorios establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que el retroactivo pensional que se genera por la presente reliquidación, es consecuencia de la mala liquidación de la mesada pensional de la demandante.

En lo que concierne a este punto, y de acuerdo con lo expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, se advierte que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 únicamente proceden cuando existe mora o retardo en el pago de las pensiones, pero no frente a su pago incompleto o deficitario; por lo que el recurso de alzada interpuesto por el accionante, no tiene vocación de prosperar.

5.4. Condena en costas





13-001-33-33-004-2015-00315-01

Como quiera que las pretensiones prosperaron parcialmente, en la medida en que se declaró la prescripción parcial del derecho, y además se negó la pretensión relativa al pago de los intereses moratorios sobre la reliquidación; la Sala con fundamento en lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P, revocará la condena en costas y en su lugar, negará dicha pretensión.

Así mismo, y por las razones anteriormente expuestas, no se condenará en costas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral **OCTAVO** de la sentencia recurrida, y en consecuencia **NEGAR** la condena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de la esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia de fecha diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido por la señora JUDITH VICTORIA GAVIRIA DE RUIZ contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

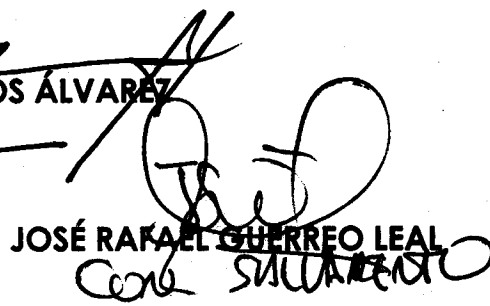
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. ____

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO GOLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL





13001-33-33-004-2015-00315-01

Cartagena de Indias D. T. y C., catorce (14) de Junio de dos mil diecisiete (2018)

Medio de control	NUJLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
Radicado	13001-33-33-004-2015-00315-01
Demandante	JUDITH VICTORIA GAVIRIA DE RUIZ
Demandado	UGPP
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que me acostumbra, debo manifestar que me aparto de la posición mayoritaria de la Sala, toda vez que considero que en el presente asunto se debió revocar la sentencia de primera instancia en el sentido de negar la reliquidación de la pensión del demandante, toda vez que la certificación aportada, visible a folio 105 del expediente, no da certeza del pago de aportes a pensión sobre todos los factores salariales devengados por el demandante; El aludido certificado señala que se aplicaron los respectivos descuentos de pensión, los cuales fueron enviados a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL,, pero omite señalar claramente los factores sobre los cuales se realizó dichos descuentos.

De otra parte el certificado aludido, viene suscrito por el *P.U Área de Talento Humano de la Secretaria De Salud De Bolívar*, área que no puede dar certeza de que efectivamente se realizaron los descuentos a pensión sobre la totalidad de los factores salariales devengados, certificado que le compete emitir al área de pagaduría.

Igualmente el despacho se aparta de la posición mayoritaria de la sala teniendo en cuenta que la liquidación de la pensión se ordenó sobre la totalidad de factores salariales devengados por el actor en el cual se incluyeron la *prima de servicio, prima de vacaciones prima de navidad bonificación por antigüedad y vacaciones*; y no se manifestó que la misma debe realizarse sobre una doceava parte de dichos factores.

Finalmente considero que la prueba consistente en la certificación que obra a folio 105 del expediente, no debió ser valorada por cuanto fue aportada al proceso, por fuera del periodo probatorio y el juez de primera instancia omitió dar a aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del CGP¹.

¹ **Artículo 173. Oportunidades probatorias** Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

... Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos





13001-33-33-004-2015-00315-01

Por el criterio planteado anteriormente, me permito apartarme de la decisión mayoritaria en esta ocasión.

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado

solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción.

