

13-001-33-33-005-2015-00346-01

Cartagena de Indias D.T. y C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-002-2014-00024-01
Demandante:	Ayda Luz Iglesias Hernández
Demandado:	UGPP
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 8 de julio de 2015, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

La señora Ayda Luz Iglesias Hernández presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la UGPP, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Se declare la nulidad por violación de la ley del acto administrativo Resolución No RDP 047391 de 10 de octubre de 2013, por medio del cual la demandada niega la petición de reliquidación de la pensión de vejez post - mortem.

2. Se declare la nulidad por violación de la ley del acto administrativo Resolución N° RDP 052056 de 12 de noviembre de 2013, por el cual la demandada en instancia de apelación confirma la resolución anterior.

3. La declaratoria de nulidad de cualquier otro acto que sobre el asunto de la pensión que se reclama haya sido emanado por la demandada y que desconozcamos a la fecha.

4. A título de restablecimiento del derecho se ordene a la UGPP a quien le remplace o represente efectuar la revisión de la sustitución pensional a favor de la actora como consecuencia de la reliquidación post-mortem de la pensión de vejez reconocida al causante Juan Bautista Bastidas Vásquez (QEPD), y posteriormente sustituida a mi mandante, la señora Ayda Luz Iglesias Hernández, con todos los factores salariales devengados el último año de servicios, salario básico, recargos nocturnos, prima de alimentación, prima de transporte, y las doceavas partes de las primas semestrales, de navidad, de antigüedad, de vacaciones, de servicios y la bonificación, además de los que resulten probados dentro del proceso, devengados en el último año de servicios: aplicando una



13-001-33-33-005-2015-00346-01

tasa de remplazo del 75% sobre el anterior IBL; en atención al régimen pensional que le aplica al causante, efectiva a partir del 16 de agosto de 2006.

5. En consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada actualizar la primera mesada pensional desde la fecha de retiro, efectiva a partir del 16 de agosto de 2006 a la fecha de efectividad de la pensión.

6. A título de restablecimiento del derecho y a favor de la actora cancelar el retroactivo pensional producto de la liquidación post - mortem.

3. A título de restablecimiento del derecho y a favor de la actora que se condene al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100/1993.

4. Que se ordene al ente demandado a cancelar las costas del proceso en especial las agencias en derecho. (...)"

b) Hechos.

Para sustentar fácticamente las pretensiones la demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Por medio de Resolución N° 33524 de 13 de julio de 2006, se reconoció una pensión de vejez al señor Juan Bautista Bastidas Vásquez (QEPD), en cuantía de \$ 910.911,33 efectiva a partir del 1° de julio de 2005, condicionada a demostrar el retiro definitivo, el cual se produjo el 15 de agosto de 2006.

Mediante Resolución N° 35059 de 24 de julio de 2007, se reliquidó la pensión de vejez por retiro definitivo del servicio elevando la cuantía a la suma \$ 932. 551,06 efectiva a partir del 16 de agosto de 2016.

Con ocasión a la muerte del causante, por medio de la Resolución UGM 008633 de 15 de septiembre de 2011, se reconoció a favor de la demandante en calidad de cónyuge superviviente una pensión de sobreviviente en un 50%, y el 50% restante en favor de la hija Kira Tatiana Bastidas Iglesias.

Mediante Resolución N° RDP 000037 de 3 de enero de 2013 se reliquidó la pensión post – mortem, elevando la cuantía de \$ 949.587 efectiva a partir del 16 de agosto de 2006, pero con efectos fiscales desde el 18 de diciembre de 2009 por prescripción trienal.

El 4 de octubre de 2013 solicitó la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por el causante el último año de servicios, petición que fue negada mediante Resolución RDP 047391 del 10 de octubre de 2013.

Inconforme con la decisión anterior, presentó recurso de apelación, la cual fue resuelta mediante Resolución No. RDP 052056 de 12 de noviembre de 2013, mediante la cual se confirmó la resolución anterior.





CAJANAL, para efectos de la liquidación, solo tuvo en cuenta la asignación básica mensual, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad y recargos nocturnos, omitiendo los demás factores salariales devengados, tales como, prima de alimentación, prima de transporte y las doceavas partes de las primas semestrales de navidad, vacaciones y de servicio.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 23, 53, 48 y 58 de la Constitución Política, 10 del Código Civil, Ley 4ª de 1966, Leyes 33 y 62 de 1985, Decreto 407 de 1994 y demás normas concordantes.

Señaló que, en el caso bajo estudio, la administración abusó de su competencia discrecional al negar los derechos de su demandante, desconociéndolos de plano.

Agregó que la discrecionalidad no puede llegar al desconocimiento de sus exigencias legales para convertirse en una decisión arbitraria.

Manifestó que el Consejo de Estado ha señalado en reiterada jurisprudencia que el derecho a pedir una pensión de jubilación no prescribe, porque tratándose de un derecho vitalicio subsiste la acción correspondiente durante toda la vida del titular, lo que prescribe son las mesadas pensionales dentro del término establecido por la Ley.

En este orden de ideas, si el derecho pensional no se extingue no se puede tampoco aplicar el fenómeno prescriptivo a los factores que constituyen parte integrantes del derecho, y es aplicable el aforismo conocido que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Citó en su apoyo, entre otras sentencias, la de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010.

3.2. Contestación.

- La **UGPP** no contestó la demanda y no aportó antecedentes administrativos.

3.3. Sentencia de primera instancia¹.

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia 8 de julio de 2015, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

¹ Fs. 102-115



Primero: Declarar la nulidad de la Resolución No. RDP 047391 de 10 de octubre de 2013 y la Resolución N° RDP 052056 de 12 de noviembre de 2013, que negaron la solicitud de reliquidación del reajustaste (sic) de la pensión de sobreviviente.

Segundo: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la...UGPP, a reliquidar la pensión de sobreviviente de la señora Ayda Luz Iglesias Hernández, identificada con C.C. 23.147.452, en calidad de cónyuge del señor Juan Bautista Bastidas Vásquez, identificada con C.C 2.763.846, aplicando el 75% del promedio mensual de los salarios devengados en el último año de servicios, incluyendo: asignación básica, subsidio de transporte, prima de alimentación, recargos nocturnos, las doceavas partes de la bonificación por servicios, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, devengadas entre el 16 de agosto de 2005 hasta el 15 de agosto de 2006. No obstante, el efecto fiscal será a partir del **04 de octubre de 2010 por prescripción trienal.**

Tercero: De la liquidación efectuada, deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre lo reconocido y lo reliquidado. Así mismo, la UGPP realizará los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal, únicamente en el último año de servicios. (...)"

Para sustentar su decisión sostuvo el A – quo, que la demandante era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33/85, toda vez que al entrar en vigencia dicha norma (1° de abril de 1994), tenía más de 40 años, y por ello le resultaba aplicable la Ley 33/85 en cuanto a edad, tiempo de servicios y monto. No obstante, para efectos de la liquidación debían tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados por el causante.

Señaló que ante la discrepancia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, debe aplicarse el régimen más favorable a la demandante.

Por lo anterior, al negarse la inclusión de todos los factores salariales devengados, se constituye un desconocimiento del régimen de transición. Lo anterior, no impide que la entidad demandada realice los descuentos de los aportes que no se hayan realizado.

3.4. Recurso de apelación. ²

- La parte demandada sustentó el recurso de apelación, aduciendo, en resumen, lo siguiente:

El derecho pensional del actor fue reconocido mediante Resolución N° 22850 del 15 de mayo de 2006 y su pensión se liquidó con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, incluyendo en la liquidación los siguientes factores salariales: asignación básica y bonificación por servicios prestados, aplicando el Decreto 1158 de 1994, Ley 797 de 2003 y Decreto 01 de

² Fs. 182-195



13-001-33-33-005-2015-00346-01

1984, teniendo en cuenta que adquirió el status pensional en vigencia de la Ley 100/93.

La liquidación pensional del actor se realizó incluyendo todos los factores salariales a que tenía derecho en su momento, según lo establece el Decreto 1158/94.

El régimen de transición respeta edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión (referido solo a tasa de remplazo), como quiera que la intención del legislador fue impedir que el Ingreso Base de Liquidación de los regímenes anteriores tuviera efectos ultractivos.

Por lo anterior, los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de determinar el IBL, son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hayan efectuado aportes al Sistema General de Pensiones.

La reliquidación solicitada no es procedente, dado que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36 de la Ley 100/93; además de que no se puede reliquidar una pensión sobre factores salariales sobre los cuales no se hubieran realizado cotizaciones.

El A-quo, al ordenar la reliquidación con todos los factores salariales, tipificaría una transgresión al principio de sostenibilidad presupuestal, consagrado en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005.

La resolución mediante la cual la UGPP liquidó la pensión de vejez de la demandante, se encuentra ajustada a derecho, toda vez que se aplicó el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/93 en concordancia con la Ley 33/95, respetando la edad, tiempo y monto de régimen anterior.

En el caso de la demandante debe darse aplicación a la interpretación realizada por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-258/13 y SU-230/15.

Finalmente, solicitó que sin perjuicio de que se acepte que debe reliquidarse la pensión, también se debe aplicar la prescripción.

- Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 21 de octubre de 2015 se admitió el recurso de apelación (f. 3 Cuaderno N° 2), y por providencia de 22 de agosto de 2016 se corrió traslado a



las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 11 ibídem).

La parte demandante presentó alegatos y solicitó aplicar la sentencia de proferida el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de 25 de febrero de 2016 (f.13); la parte demandada presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación (fs. 14-22 ibídem). - El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito, sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

5.2. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de sobreviviente, teniendo todos los factores salariales devengados por el causante durante el último año de servicios, como lo autorizaba la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010.

5.3. Tesis del Despacho

La Sala estima que la demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, las pensiones deben liquidarse teniendo en cuenta el monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en la ley anterior, pero el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100/93, y los factores que deben incluirse en el mismo son



13-001-33-33-005-2015-00346-01

exclusivamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones, tal como lo exige el Acto Legislativo 01/05.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial

5.4.1. Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

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

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

El régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

5.4.2. Régimen pensional aplicable al caso concreto

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

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

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



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

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

PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"

El artículo 3º *ibidem* 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".

Tal como se precisará en el estudio crítico de las pruebas a la luz del marco jurídico, a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 el causante cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibidem*, y el régimen que aplicaba antes de dicha ley era el previsto en las Leyes 33/85 y 62/85.

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

El Consejo de Estado había adoptado de manera reiterada y pacífica el criterio según el cual a las pensiones de los servidores del estado beneficiarios del régimen de transición se les debía aplicar el régimen normativo que con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 regulaba lo relativo a la edad, tiempo de servicios y el **monto de la pensión**, y que la expresión subrayada comprendía tanto el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), como el ingreso base de liquidación, pues el principio de inescindibilidad imponía aplicar la norma



13-001-33-33-005-2015-00346-01

comentada de manera integral e impedía liquidar la pensión aplicando edad y tiempo de servicio del régimen anterior y el monto del nuevo régimen.

Dicha contradicción se superó por parte del Consejo de Estado, en pronunciamiento, de la Sala Plena de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso seguido por Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra CAJANAL En Liquidación, dentro del radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, donde sostuvo:

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **sub-reglas**:

94. **La primera sub-regla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les 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.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera sub-regla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989³. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

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

³ Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]"



13-001-33-33-005-2015-00346-01

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

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

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

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

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

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

La Sala prohija los criterios expuestos por la Corte Constitucional en los fallos reseñados y por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala



13-001-33-33-005-2015-00346-01

Plena de los Contencioso Administrativo, citado previamente, y los aplicará al caso concreto.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la cédula de ciudadanía del causante Juan Bautista Bastidas Vásquez, donde consta que nació el 8 de mayo de 1945 (f. 4).

- Copia de la Resolución N° 33524 de 13 de julio de 2006, "*Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez*", para lo cual CAJANAL tuvo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años de servicios del 1995 al 2005 y los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad y recargo nocturnos (fs. 8-12).

- Copia de la Resolución N° 35059 de 24 de julio de 2007, "*Por la cual se reliquida una pensión de reliquidación de vejez*" donde CAJANAL tuvo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años de servicios del 1995 al 2006 y los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad y recargo nocturnos (f. 13-17).

- Copia de la Resolución N° RDP 047391 de 10 de octubre de 2013, "*Por la cual se niega una reliquidación de pensión de vejez post mortem*" (fs. 18-19).

- Copia de la Resolución N° RDP 052056 de 12 de noviembre de 2013, "*Por la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma en todas sus partes la resolución anterior* (fs. 23-24).

- Certificado de 7 de mayo de 2007, suscrito por el Tesorero de la ESE Hospital San Judas Tadeo del Municipio de Simití, mediante la cual se hace constar que el causante – Juan Bautista Bastidas Vásquez-, laboró en dicha entidad desde el 1° de julio de 1975 hasta el 15 de agosto de 2006, desempeñando el cargo de Celador y devengó prima de alimento mensual, prima de transporte mensual, prima semestral, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, recargos nocturnos y prima de navidad (f. 28-29).

- Certificado de 9 de diciembre 2013, suscrito por la Profesional Especializada de la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, mediante la cual se hace constar que el causante – Juan Bautista Bastidas Vásquez-, laboró en la ESE Hospital San Judas Tadeo del Municipio de Simití, desde el 1° de julio de 1975 hasta el 15 de agosto de 2006 desempeñando el cargo de Celador y devengó prima de alimento mensual, prima de transporte mensual, prima semestral, prima de



13-001-33-33-005-2015-00346-01

vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, recargos nocturnos y prima de navidad (f. 120).

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

En el presente caso, la demandante alegó que su cónyuge – Juan Bautista Bastidas Vásquez – era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ello tiene derecho a que su pensión se liquide teniendo en cuenta la Ley 33/85, es decir, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. La anterior pretensión la apoyó en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010.

El artículo 36 de la Ley 100/93 estableció un régimen de transición para quienes a la entrada en vigencia de dicha ley hubieran cumplido 35 años de edad, si fueran mujeres, y 40 si fueran hombres; o 15 años de servicios.

En el sub-lite no es objeto de discusión que el causante estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y que el régimen previo a dicha ley era el establecido en la Ley 33/85 y 62/85, toda vez que las pruebas allegadas al expediente demuestran que al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, el causante tenía más de 40 años de edad toda vez que nació el 8 de mayo de 1945 y tenía más de 15 años de servicios, toda vez que ingresó a laborar desde el 1º de julio de 1975 al 30 de junio de 2005 por lo cual se encontraba amparado por el régimen de transición.

Se encuentra acreditado en el proceso que la pensión que venía disfrutando el demandante fue reconocida mediante Resolución N° 33524 de 13 de julio de 2006 para lo cual CAJANAL tuvo en cuenta el 75% del salario promedio devengado en los últimos 10 años de servicios - de 1995 a 2005 -, y los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad y recargo nocturnos (fs. 8-12).

Así mismo, que mediante Resolución N° 35059 de 24 de julio de 2007, CAJANAL reliquidó la pensión del causante teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de los últimos 10 años de servicios – de 1995 a 2005 -, y los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad y recargo nocturnos (f. 13-17).

Por virtud de esa resolución la referida pensión se liquidó aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 en cuanto a tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo); no obstante, el ingreso base de cotización y los factores que se tuvieron en cuenta para calcular el IBL fueron los previstos en la Ley 100/93 y el



13-001-33-33-005-2015-00346-01

Decreto 1158/94, que para el caso del demandante fueron, salario básico, bonificación por servicios prestados y recargos nocturnos.

Luego, la liquidación de la pensión se efectuó en los términos señalados en la sentencia de unificación del Consejo de Estado examinada previamente.

Así las cosas, no era posible incluirle a la demandante en su pensión de sobreviviente los demás factores salariales devengados el último año de servicios (prima de alimento mensual, prima de transporte mensual, prima semestral, prima de vacaciones, y prima de navidad), puesto que los mismos no hacen parte del ingreso base de cotización previsto en el Decreto 1158/94; y no se aportó al proceso prueba alguna de que se hubieran efectuado con base en los mismos cotizaciones al sistema de seguridad social en salud.

El A- quo, al ordenar en la sentencia apelada que se reliquidara la pensión de jubilación de la demandante con inclusión de todos los factores devengados, violó el artículo 36 de la Ley 100/93, cuya interpretación debió efectuar en los términos que finalmente adoptó la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que este Tribunal adopta y prohija.

Por lo anterior, se revocará el fallo apelado de 8 de julio de 2015, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual accedió a las pretensiones de la demanda; en su lugar, se denegaran las mismas.

5.6. Costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, si bien habría lugar a condenar en costas a la parte demandante por haber resultado vencida en el presente proceso, la Sala no le impondrá tal condena, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que adoptaba este Tribunal era la inescindibilidad del régimen de transición, criterio en cuyo marco se entiende actuó la parte accionante bajo el convencimiento de que era necesaria la puesta en funcionamiento de la jurisdicción y que sus pretensiones podrían ser prósperas. En tal sentido, al resultar vencida la parte demandante, por revocarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.



13-001-33-33-005-2015-00346-01

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

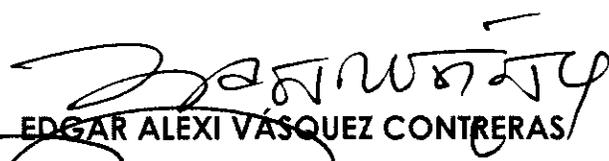
VI.- FALLA

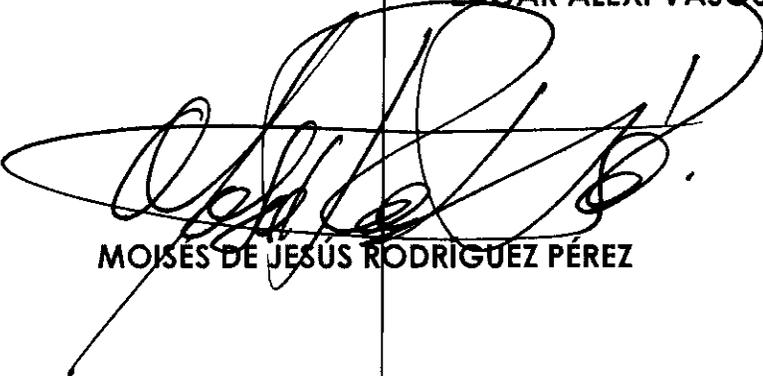
PRIMERO: Revocar la sentencia apelada y, en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al Juzgado de origen. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRIGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE