



13-001-33-33-005-2015-00346-0

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:	13-001-33-33-005-2015-00346-02
Demandante:	Luís Antonio Púa Martínez
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 demandante y demandada contra la sentencia de 28 de julio de 2016, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

El señor Luís Antonio Púa Martínez 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 de la Resolución No RDP 001581 de 16 de enero de 2015, la Resolución No RDP 006925 de febrero 20 de 2015 y la Resolución No 012119 de marzo 27 de 2015 mediante la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión de jubilación a mi patrocinado.

2. Que como consecuencia de dicha declaración de nulidad se ordene el restablecimiento del derecho ordenando la reliquidación o reajuste de la pensión de vejez de mi mandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el periodo comprendido entre el 01 de noviembre de 1992 y el 31 de octubre de 1993, es decir, último año de servicio, tal como lo señala el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, debidamente actualizados con los IPC certificados por el DANE, desde noviembre de 1993 y hasta agosto de 1998, fecha en la cual comenzó a causarse la pensión objeto de la presente reliquidación.

3. Que se declare el 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 el demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Prestó sus servicios al Estado en el antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hoy Ministerio Transporte, desde el 25 de febrero de 1971 hasta el 31 de octubre de 1993, por lo que CAJANAL EICE – liquidada, mediante Resolución No. 9400 de 30 de agosto de 1998, le reconoció y ordeno el pago de pensión de vejez, teniendo en cuenta para ello, el salario promedio del último año de servicios y como factores salariales, los siguientes: asignación básica, horas extras y domingos y festivos, pero no incluyó el auxilio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

No obstante lo anterior, la cuantía de la pensión fue de \$ 395.276.89, cuando debió ascender a \$ 555.779.64.

Mediante Resolución No. RDP 001581 de 16 de enero de 2015, CAJANAL negó la reliquidación de la pensión.

Inconforme con la decisión anterior, presentó recurso de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante Resoluciones Nos. RDP 006925 de 20 de febrero de 2015 y RDP 012119 de 27 de marzo de 2015, mediante los cuales se confirmó la resolución anterior.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan, las Leyes 33 y 62 de 1985, Decreto 1045 de 1978 y el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Si bien es cierto que en el acto de reconocimiento pensional tuvo en cuenta el tiempo de servicios prestados hasta el 31 de octubre de 1993, no le incluyó todos los factores salariales devengados en su último año de servicios.

Agregó que el Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia ha señalado 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.



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

Afirmó que la resolución demandada fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, toda vez que la entidad demandada para negar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, aplicó íntegramente la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, omitiendo que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y por lo anterior se debe aplicar la norma anterior más favorable, que en este caso corresponde al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

3.2. Contestación¹.

- La **UGPP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a derecho.

En cuanto a la inclusión de todos los factores salariales, señaló que el demandante en virtud del régimen de transición que le es aplicable a su caso, el periodo sobre el cual se liquida la pensión, así como los factores que deben tenerse en cuenta en la liquidación, son los indicados en el artículo 45 del Decreto 1045/78.

En la liquidación de la pensión de vejez de la accionante, se incluyeron los factores salariales a que tiene derecho, acorde a la normatividad citada.

De conceder las pretensiones de la demanda se tipificaría una transgresión al principio de sostenibilidad presupuestal, consagrado en el artículo primero de del Acto Legislativo 1 de 2005, principio que llama a la cordura y a la razonabilidad del sistema presupuestal, ya que debe existir coordinación entre los emolumentos y los egresos.

3.3. Sentencia de primera instancia².

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 28 de julio de 2016, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

Primero: Declarar la nulidad de la Resolución No. RDP 001581 de enero 16 de 2015, Resolución RDP 006925 de 20 de febrero de 2015 y Resolución RDP 012119 del 27 de marzo de 2015, mediante las cuales se negó la solicitud de reliquidación pensional del señor Luis Antonio Pua Martínez.

Segundo: A título de restablecimiento del derecho ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, proceda a reliquidar la pensión de jubilación del señor Luis Antonio Pua Martínez, en cuantía equivalente del 75% del total de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, incluyendo, además del sueldo básico, horas extras y domingos y festivos, los factores salariales tales como auxilio de alimentación, prima de servicios y prima de

¹ Fs. 78-85

² Fs. 102-115



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

navidad, en la doceava parte devengada en el año 1992 y 1993 aquellos factores cuyo reconocimiento se hace anualmente. Sin tener en cuenta la compensación en dinero por valor de \$80.057,75. Reliquidación a partir del 1º de agosto de 1998.

Tercero: Ordenar a la ... UGPP la indexación de esos factores incluidos por esta sentencia en los años 1994 a 1998 y respecto a los reconocidos en la Resolución N° 9400 de 30 de agosto de 1999, la actualización deberá hacerse de 1997 a 1998.

Cuarto: Ordenar a la ... UGPP pagar las diferencias pensionales que resulten de la liquidación ordenada, a partir del 15 de septiembre de 2011, pues las mesadas pensionales devengadas antes de esta fecha se declaran prescritas de acuerdo con lo señalado por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969. Las sumas aquí ordenadas a pagar serán indexadas según lo explicado en la parte motiva de esta sentencia y conforme al artículo 187 del CPACA. (...)"

Para sustentar su decisión sostuvo el A – quo, que el demandante era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100/93, toda vez que al entrar en vigencia dicha norma (1º de abril de 1994), tenía más de 15 años de servicios, siéndole aplicable la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y monto. No obstante, para efectos de la liquidación debían tenerse en cuenta los factores salariales establecidos devengados el último año de servicios e, dentro de los cuales se incluía entre otras, el auxilio de alimentación, prima de navidad y prima de servicios solicitada.

Por lo anterior, al negar la demandada la inclusión de todos los factores salariales devengados, constituiría 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.

Finalmente, declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 15 de septiembre de 2011.

3.4. Recurso de apelación.

- **La parte demandada**³ adujo que el demandante adquirió el status jurídico de pensionado el 8 de agosto de 1998 y laboró desde el 16 de febrero de 1972 hasta el 30 de enero de 1993, empero el status pensional lo adquirió bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo cual para efectos de la liquidación los factores salariales deben ser los establecidos en el Decreto 1158/94.

Señaló que el régimen que solicitó el actor aplicar en la demanda, ya fue reconocido y liquidado en la pensión del demandante, por lo que se deben negar las pretensiones.

³ Fs. 120-127



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

Al momento de liquidarle la pensión al demandante se tuvieron en cuenta los factores salariales establecidos en la Ley 62 de 1985, tales como la asignación básica, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios prestados, sobre los cuales se hicieron aportes.

Manifestó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, el beneficio de encontrarse cobijado por el régimen de transición consiste en que para obtener la pensión de vejez el afiliado debe cumplir con la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto del régimen anterior al que se encontraba vinculado; y en el asunto bajo estudio, la primera cotización realizada por el demandante es del mes de julio de 1995, lo cual indica que al 1º de abril de 1994 no se encontraba afiliada a la administradora, por lo cual no se puede reconocer dicha pensión.

Señaló que, en caso de acceder a cancelar tales factores prestacionales, entre las muchas transgresiones se violaría el principio de sostenibilidad presupuestal.

- **La parte demandante** señaló, en resumen, que no se encuentra de acuerdo con que la juez de primera instancia no haya tenido en cuenta los \$80.057.75 pesos que devengó el actor el año anterior a la adquisición del estatus, pues contrario a lo afirmado por la Juez dicha suma no se percibió por concepto de vacaciones sino que al retiro del servicio se indemnizaron las vacaciones pendientes y se liquidó la prima proporcional por esa suma. (fs. 128-130)

- **Actuación procesal de la instancia.**

Mediante auto del 30 de noviembre de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes (f. 151), y por providencia de 24 de enero de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 155).

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. 157-163).

La parte demandante no presentó alegatos y 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, el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo todos los factores salariales devengados 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 el demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, 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 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)



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

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"



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

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".

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

También sostuvo la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo Subsección A, en sentencia de 4 de agosto de 2010, radicación 250002325000200607509 01 (0112-2009), que para efectos de la liquidación de la pensión debían tenerse en cuenta todos los factores salariales (...) *En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios"*



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

En la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional estudió una demanda contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992,⁴ cuyo texto es el siguiente: "El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal. - PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

En este fallo la Corte asumió una interpretación distinta del artículo 36 de la Ley 100/93, según la cual el concepto de monto comprende únicamente el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), el cual diferenció del ingreso base de liquidación, al cual se aplica para liquidar la mesada pensional, y por ello el IBL de las personas cobijadas por el régimen de transición se debían regir por la Ley 100/93 y no por el régimen anterior.

La Corte sostuvo los criterios anteriores aduciendo la violación del principio de igualdad por la norma acusada - porque conduce a transferir subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que por regla general pertenecen a un sector en mejores condiciones socio-económicas, e impone un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social - y declaró inexecutable las expresiones "durante el último año y por todo concepto", "Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal", contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión "por todo concepto", contenida en su párrafo.

De acuerdo con esta segunda interpretación los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a una pensión equivalente al 75 % (monto) del promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio (IBL).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-078 de 2014, denegó el amparo solicitado por un ciudadano que alegó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia incurrió en causal de procedencia de tutela contra providencia judicial, al desconocer el régimen especial que se basa en el sistema de transición consagrado en el artículo 36 de

⁴Ley 4 de 1992. **Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.**



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

la Ley 100 de 1993, por cuanto se tomó como base para liquidar la pensión, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, y no el ingreso base de liquidación, que corresponde a lo devengado en el último año de servicio, tal y como lo disponen las normas especiales que rigen para las pensiones de los trabajadores de la extinta Telecom. Se apoyó esta sentencia de tutela en los parámetros de interpretación utilizados por sentencia C-258/13 frente a la norma mencionada.

El ciudadano afectado por la sentencia T-078 solicitó su nulidad ante la Sala Plena invocando la vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional en vigor de las Salas de Revisión.

Por auto 326 de 2014 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió denegar la petición de nulidad porque consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente, dado que antes de la Sentencia C-258 de 2013 no existía un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y a falta de dicha interpretación estaba permitida aquella que de acuerdo con Constitución y la ley acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente justificada y aclaró las sentencias C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004 proferidas por la Sala Plena sobre el tema, ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y por ello el precedente aplicable al caso luego de la Sentencia C-258 de 2013 era el fijado en ésta.

Aseguró la Corte en esta providencia que "...el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna".

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia SU-230 de abril 29 de 2015, examinó los conceptos de precedente judicial y jurisprudencia en vigor y su carácter vinculante; así como la jurisprudencia de las Salas de Revisión previa a la Sentencia C-258/13 que establecían que el monto de la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100/93 era el previsto en el régimen anterior – en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado -; describió igualmente los fundamentos de la Sentencia C-258/13 que consideró que el IBL de dichas personas debía regirse por la Ley 100/93 y las sentencias T-078 de 2014 que por vía de tutela reiteró dicho criterio y del auto de Sala plena que negó la solicitud de nulidad en su contra. Describió igualmente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia para concluir que se identificaba con los criterios adoptados en la misma materia



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

por el fallo de constitucionalidad mencionado y reiteró que éste constituía un precedente jurisprudencial obligatorio para todas las autoridades.

Así mismo, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó que **los derechos pensionales causados antes de la expedición de la expedición de la sentencia C-258 de 2013**, no son afectados por la interpretación consignada en ella.

Sin embargo, la Sentencia T-615/16 fue anulada por la Corte Constitucional, a solicitud de la UGPP, según consta en Auto 229 de diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente (E) José Antonio Cepeda Amarís, debido a que se estableció que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente de la Corporación surgido desde la sentencia C-168 de 1995 y materia de las sentencias C-258/13, SU/230/15, SU 405/16 y SU-210 de 2017 .

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia 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, 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 cubija 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



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

de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989⁵. 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.

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

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

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

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

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

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

⁵ 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

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

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la Resolución N° 009499 3 de agosto de 1999 "*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% de lo devengado el último año de servicios y los siguientes factores salariales: asignación básica, dominicales y feriados y horas extras (fs. 17-18).
- Copia de la Resolución N° RDP 001581 de 16 de enero de 2015 "*Por la cual se niega una pensión de reliquidación de vejez*" (f. 26-27).
- Copia de la Resolución N° RDP 006925 de 20 de febrero de 2015 "*Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se confirma en todas sus partes la resolución anterior* (fs. 32-33).
- Copia de la Resolución N° RDP 012119 de 27 de marzo de 2015 "*Por la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma en todas sus partes la resolución anterior* (fs. 35-35).
- Certificado de información laboral de 23 de febrero de 2015, suscrito por el Coordinador de Grupo certificaciones para pensión y bonos pensionales de Ministerio de Transporte, mediante el cual hace constar que el demandante ingresó a laborar en dicha entidad desde el 16 de febrero de 1972 hasta el 31 de octubre de 1993 (f. 39).
- Certificado de salario mes a mes de 23 de febrero de 2015 suscrito por el Coordinador de Grupo certificaciones para pensión y bonos pensionales de



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

Ministerio de Transporte, mediante el cual hace constar que el demandante durante noviembre de 1992 a octubre de 1993 cotizó sobre los siguientes factores salariales: asignación básica, horas extras y remuneración por trabajo domingo y festivo (fs. 40).

- Certificado de 23 de febrero de 2015 suscrito por un funcionario del Ministerio de Transporte, mediante el cual hace constar que el actor devengó durante el último año de servicios jornal diario, auxilio de alimentación, horas extras, remuneración domingos y festivos, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad y se dejó como observación que la prima de alimentación se constituía factor salarial para todos los efectos legales, de acuerdo con la convención colectiva de 26 de abril de 1978 (f. 41).

- Cd de antecedentes administrativos (f. 86).

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

En el presente caso, el demandante alegó ser 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% 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 demandante 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 actor tenía más de 40 años de edad toda vez que nació el 8 de agosto de 1943 y 20 años de servicios, toda vez que ingresó a laborar desde el 16 de febrero de 1972 al 31 de octubre de 1993 por lo cual se encuentra amparado por el régimen de transición.

Se encuentra acreditado en el proceso que la pensión que venía disfrutando el demandante fue reconocida por la Resolución N° 009499 de 3 de agosto de 1999, la cual la liquidó teniendo en cuenta el 75% de lo devengado el último año de servicios, con la inclusión de los siguientes factores salariales: asignación básica, dominicales y feriados y horas extras (fs. 17-18).



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

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 Decreto 1158/94, que para el caso del demandante fueron, asignación básica, horas extras y domingos y festivos.

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 al demandante en su pensión los demás factores salariales devengados el último año de servicios (auxilio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones), 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 28 de julio de 2016, proferido por el Juzgado Quinto 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



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

con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

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

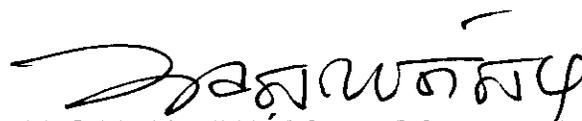
VI.- FALLA

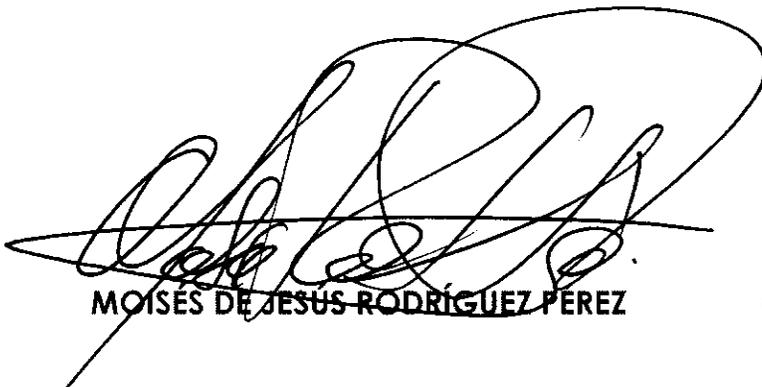
PRIMERO: Revocar la sentencia apelada y, en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

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 RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE