

Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

| | |
|---------------------------|---|
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13-001-33-33-007-2017-00004-01 |
| Demandante | GUSTAVO ADOLFO ARRIETA YÉPEZ |
| Demandado | UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP |
| Tema | <i>Reliquidación pensional, solicita aplicación de los Decretos 929/76 y 720/78, empleado de la Contraloría General de la República.</i> |
| Magistrado Ponente | MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ |

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como demandada, contra la sentencia del 1 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor GUSTAVO ADOLFO ARRIETA YÉPEZ instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales

² Folio 22-31 c. 1

13-001-33-33-007-2017-00004-01

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1. Pretensiones³

PRIMERO: Se declare la nulidad parcial de la Resolución 01197 del 13 de marzo de 2001, mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación.

SEGUNDO: Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución RDP 010000 del 4 de marzo de 2016, por medio de la cual se negó el derecho a la reliquidación de la citada pensión; así como la Resolución RDP 023974 del 28 de junio de 2016, mediante la cual se resolvió de forma negativa el recurso de apelación interpuesto contra la primera.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad accionada a reliquidar la pensión de la accionante, con la inclusión de todos los factores salariales que devengados durante los últimos seis (6) meses de servicios, en un promedio del 75% de la asignación básica, bonificación por servicios, prima de servicios, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, auxilio de transporte y prima de navidad, a partir del 22 de abril de 1995.

CUARTO: Ordenar que la primera mesada se mantenga incólume conforme a la fórmula aplicada en la Resolución 01197 del 2001, con los IPC de 1993 y 1994.

QUINTO: Que se ordene liquidar y pagar a expensas de la UGPP, las diferencias de lo que se venía cancelando, y lo que se determine pagar en la sentencia condenatoria.

SEXTO: Que se condene a la demandada a pagar los ajustes de valor correspondientes, conforme al IPC.

SÉPTIMO: Que se condene a la UGPP al pago de interese moratorios, en caso de que la sentencia no sea pagada en tiempo. De igual forma, que se condene en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

³ Fl. 22-23 c. 1

3.1.2 Hechos⁴

En la demanda se expone que el señor GUSTAVO ADOLFO ARRIETA YÉPEZ, laboró al servicio del Estado, por un tiempo superior a los 20 años, de los cuales 18 fueron en la Contraloría General de la República, por lo cual, es beneficiario del régimen especial de dicha entidad, consagrado en el Decreto 929 de 1976, en aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/93.

Indica, que el accionante fue retirado del servicio el 1 de octubre de 1993 y cumplió su status jurídico el 23 de abril de 1995, por lo que el 13 de abril de 2001 Cajanal le reconoció su pensión a través de Resolución 01196; en ella, se le tuvo en cuenta como factores: la asignación básica, la bonificación por servicios y la prima de servicios, desconociéndose los demás factores devengados durante los últimos 6 meses de labor.

El 14 de diciembre de 2015, se radicó una petición ante la UGPP, en la cual se solicitó la reliquidación pensional con base en todos los factores devengados en los últimos 6 meses; sin embargo, dichas súplicas fueron negadas a través de la Resolución RDP 010000 del 4 de marzo de 2016, y confirmada por medio de Resolución RDP 023974 del 28 de junio de 2016.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas se expusieron las siguientes: artículos 1, 2 y 25 de la Constitución Nacional, artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 929 de 1976, el Decreto 720 de 1978, el Decreto 717 de 1978, la Ley 33 y 62 de 1985, la Ley 100 de 1993, el Decreto 1158 de 1994 y el Decreto 2143 de 1995.

Sostiene que la UGPP desconoce que el señor GUSTAVO ADOLFO ARRIETA YÉPEZ tiene derecho a que su pensión sea calculada con el último semestre laborado como funcionario de la Contraloría General de la República. Lo anterior, teniendo en cuenta que en vigencia de la Ley 100 de 1993 se consagró el régimen de transición, según el cual las personas que reúnan los requisitos para acceder a la pensión tienen una situación consolidada que no puede ser menoscabada, por lo que la pensión debe ser reconocida con base en el régimen anterior, en cuanto a edad, tiempo y monto.

⁴ Fl. 23-25

13-001-33-33-007-2017-00004-01

Expone que el Decreto 929 de 1976 creó un régimen especial para los empleados de la Contraloría General de la República, y en consecuencia los servidores que tengan derecho a la pensión y hubieran prestado sus servicios por un tiempo de 10 años, tendrían derecho a la prestación ordinaria equivalente al 75% del promedio de lo devengado en los últimos 6 meses de servicio; y que, en materia de factores salariales, debió aplicarse el Decreto 720 de 1978.

Manifiesta que los actos administrativos demandados violaron los artículos 1, 2 y 25 de la Constitución Nacional, al no darle aplicación a la situación más favorable para el actor, al momento de realizar la liquidación de la pensión, lo que lleva a la violación de las leyes 57 y 153 de 1887, las cuales establecen las normas básicas de interpretación de las leyes.

Afirma, que al accionante se le vulnera el derecho a la igualdad, puesto que se le está dando un trato discriminatorio al no reconocérsele la pensión en las condiciones en las que lo exige.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP⁵

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que son parcialmente ciertos los hechos expuestos en la misma, puesto que al actor se le reconoció su pensión conforme lo establece el Decreto 929 de 1976, es decir con la totalidad de factores devengados en el último semestre de servicio, conforme el certificado aportado a la entidad.

En cuanto a las pretensiones sostiene, que se opone a las mismas, pues considera que los actos acusados están ajustados a derecho, y están debidamente motivados, pues al actor se le aplicó el régimen que le correspondía para reconocer su pensión, por lo que no es procedente la reliquidación. Que, como quiera que el actor adquirió el derecho en vigencia de la Ley 100/93, se le deben incluir solo los factores que determina el Decreto 1158/94.

Expone que la posición del Comité Jurídico Institucional de la entidad es liquidar las pensiones con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley

⁵ Folio 142-152

13-001-33-33-007-2017-00004-01

100/93; sin embargo, en este caso al señor Arrieta Yépez se le aplicó el Decreto 929 de 1976, es decir, el promedio de lo devengado en los últimos 6 meses de servicio.

Agrega que, tanto la ley como la jurisprudencia nacional han sido rigurosos con los elementos que se debe probar para obtener la prosperidad de la pretensión anulatoria, imponiéndole a los interesados las siguientes cargas procesales: i) la individualización precisa del acto que se demanda, ii) la identificación exacta de las normas violadas y el concepto de la violación; iii) si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen y iv) si se trata de un acto administrativo particular, el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Manifiesta que, los actos administrativos se presumen legales y ajustados al ordenamiento jurídico, por lo que, para ser declarados nulos deben probarse las siguientes causales: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

Sostiene que al actor se le reconoció su pensión teniendo en cuenta los siguientes aspectos: (1) que nació el 22 de abril de 1940; (2) adquirió el status pensional el 22 de abril de 1995; (3) la fecha de retiro del servicio se produjo el 1 de octubre de 1993; (4) el Decreto 929 de 1976 no dice cuáles son los factores salariales a tener en cuenta, por lo que se aplican los establecidos en la Ley 62/85; (5) la Directora de Talento Humano de la Contraloría certificó que en el último semestre, el actor devengó solamente, asignación básica, bonificación por servicios y prima de servicios; (6) la prima de vacaciones, el subsidio de transporte, el exilio de alimentación, la prima de navidad no son factores salariales objeto de inclusión en la pensión.

Afirma, que los apartes del artículo 36 de la Ley 100/93 han sido ampliamente estudiados por la Corte Constitucional, declarándose que los mismos se encuentran ajustados al ordenamiento constitucional, lo que permite ser aplicado a todos los servidores públicos.

Señala, que la manera de aplicar el monto señalado en el art. 36 de la Ley 100/93 no es uniforme en la jurisprudencia colombiana, puesto que, por un lado el Consejo de Estado entiende que el monto está conformado por la tasa de reemplazo y el IBL, el cual debe ser el del último año de servicios,

13-001-33-33-007-2017-00004-01

mientras que la Corte Suprema de Justicia entiende equipara el monto, únicamente al porcentaje de la tasa de reemplazo, mientras que el IBL es un concepto aparte que se debe calcular con base en los últimos 10 años de servicio.

Explica que, esta última posición ha sido la sostenida por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-634/11, C-258/13 y SU 230/15, por lo que debe ser aplicada a todos los casos en los que se debate el régimen de transición, puesto que constituyen precedente.

Como excepciones de fondo expuso las siguientes: i) prescripción, ii) inexistencia de la causa petendi y cobro de lo no debido; iii) falta de derecho para pedir iv) buena fe; v) falta de cotización de factores salariales; vi) inexistencia de la indexación y vii) genérica.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 1 de diciembre de 2017, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda, así:

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 001197 de 13 de marzo de 2001, expedida por la extinta Cajanal- hoy UGPP- por medio de la cual reconoció al señor GUSTAVO ADOLFO ARRIETA YÉPEZ, pensión vitalicia de jubilación, en lo relacionado con la base de liquidación de dicha prestación, y la nulidad de la Resolución RDP 010000 de 4 de marzo de 2016 y RDP 023974 del 28 de junio de 2016, proferidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – mediante las cuales se negó la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales legales devengados durante el último semestre de servicio, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP –

2.1 RELIQUIDAR la pensión vitalicia reconocida al señor GUSTAVO ADOLFO ARRIETA YÉPEZ, con base en el promedio de todos los factores salariales devengados por él durante el último semestre de servicio, esto es desde el 1 de abril de 1993 hasta el 30 de septiembre de 1993, en un porcentaje del 75%, teniendo en cuenta para el efecto, además de la asignación básica, el auxilio de transporte, el subsidio de

⁶ Folio 170-175

13-001-33-33-007-2017-00004-01

alimentación, la bonificación por servicio, la prima de vacaciones, la prima de servicios, la prima de navidad, a partir del 23 de abril de 1995, fecha desde la cual se reconoce la pensión de jubilación.

2.2 indexar dichos factores salariales desde el 30 de septiembre de 1993, fecha de retiro del servicio, hasta el 23 de abril de 1995, fecha a partir de la cual fue reconocida la pensión.

TERCERO: Las sumas ordenadas y reconocidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – serán reajustadas de acuerdo con la fórmula (...)

CUARTO: Del monto a reconocer, la entidad demandada deberá descontar los aportes parafiscales correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se efectuó aportes (...)

En el fallo en comento, se tuvo en cuenta que el señor GUSTAVO ADOLFO ARRIETA, era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100/93, pues a la fecha de entrada en vigencia dicha norma, contaba con 54 años de edad; además, que laboró por más de 18 años para la Contraloría General de la Nación, por lo que se le debía aplicar el régimen contemplado para los empleados de la misma, regido por el Decreto 929 de 1976, en su integridad.

En ese orden de ideas, sostuvo que el accionante tenía derecho a que se le reconocieran todos los factores salariales devengados durante el último semestre de servicio, por ello, ordenó incluir el auxilio de transporte, el subsidio de alimentación, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

Estableció, que no había lugar a la indexación puesto que la misma se realizó en el acto administrativo demandado; De igual forma que, como quiera que el derecho a la reliquidación se había reclamado el 14 de diciembre de 2015, las mesadas anteriores al 14 de diciembre de 2012 se encontraban prescritas.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1 Parte demandante⁷

La parte accionante se encuentra en desacuerdo con la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la orden dada a la UGPP de realizar los descuentos sobre los nuevos factores a incluir como producto de la

⁷ Folio 184-192 c. 1

13-001-33-33-007-2017-00004-01

reliquidación pensional del actor, por lo que sostiene que dicha orden es desproporcional, exagerada e ilegal.

Explica, que la Ley 4° de 1966 autorizaba el descuento del 5% del salario del trabajador, como cotización para la Caja Nacional de Previsión Social, el cual comprendía el aporte para pensión, salud, riesgos, y gastos de funcionamiento de la entidad; por lo que considera que el juez de primera instancia no puede ordenar que se hagan los descuentos frente a los factores nuevos que se deben incluir en la pensión, sin antes determinar cuál es el porcentaje que corresponde únicamente a la cotización a pensión.

Añade que, de acuerdo con el artículo 9 de la ley 33 de 1985, cuando faltara presupuesto para el pago de pensiones por parte de las Cajas de Previsión Social, el faltante sería aportado por el Ministerio de Hacienda, en ese sentido, los aportes en comento no le corresponden hacerlos al trabajador, sino al Ministerio de Hacienda.

Explica que, el artículo 3° de la Ley 33 del 1985, estableció la obligatoriedad de la cotización únicamente sobre algunos factores salariales, entre los cuales no estaban los primas de servicios, de navidad, de vacaciones, de alimentación y de transporte, por lo tanto, sobre los mismos no es legar autorizar descuentos.

Advierte, que la carga probatoria del demandante se reducía a demostrar que reunía los requisitos para tener derecho a la reliquidación de la pensión, y que era la entidad administradora de pensiones quien tenía el deber legal de demostrar, que el trabajador no había efectuado los aportes en los términos indicados en la ley 4° de 1966 y ley 33 de 1985. Así las cosas, a su juicio resulta inaceptable que un administrador de pensiones invoque su propia negligencia en el cumplimiento de sus funciones para imponer una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación.

Advierte, que la liquidación de los aportes a pensión tiene parámetros regulados en la ley, por lo que la misma no puede hacerse extensiva a periodos donde el trabajador no adeudaba concepto alguno; además añade, que por ninguna razón los montos adeudados pueden superar el valor de las primas y demás conceptos que en toda la vida laboral recibió el trabajador. Agrega, que la liquidación de aportes debe sustentarse en las certificaciones que expidan los entes nominadores, a efectos que se

13-001-33-33-007-2017-00004-01

verifique que el trabajador, efectivamente devengó el respectivo factor, en el periodo que se pretende calcular el aporte.

Manifiesta que, de acuerdo a lo señalado los artículos 20, 22, 161 y 204 de la Ley 100 de 1993, en caso de que el empleador no haga sus aportes, la entidad administradora del sistema puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993. Que en virtud del artículo 817 de dicho estatuto, la acción de cobro de los obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados o partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles, por lo que su pago, no podía ser exigido, advirtiendo o lo naturaleza parafiscal de estas últimos.

3.4.2 Recurso de la parte demandada⁸.

Manifiesta encontrarse en desacuerdo con la sentencia de primera instancia, toda vez que, a su juicio, las pretensiones del actor no debieron prosperar puesto que su pensión fue reconocida con base en el régimen hoy reclamado, Decreto 929/76; por ello sostiene, que la apelación no está dirigida contra el régimen de transición aplicable al actor, puesto que el mismo ya fue reconocido por Cajanal al momento de expedir la resolución de pensión, sino que va en contra de la pretensión de que se incluyan todos los factores salariales devengados por éste.

Partiendo de lo anterior, considera, que el problema jurídico a resolver en este caso se centra en determinar si es procedente la reliquidación de la pensión del demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados, teniendo en cuenta la asignación más alta.

Al respecto expone, que la sentencia apelada se encuentra en contravía de lo establecidos en las sentencias C-258/13 y SU-230/15, toda vez que las mismas hacen una interpretación en abstracto de la aplicación del régimen de transición de la Ley 100/93 y concluyen que el régimen de transición solo permite la aplicación de la norma anterior, en lo que corresponde a la edad, tiempo de servicio y monto, entendido éste último como la tasa de reemplazo, pero que el IBL debe calcularse según lo establecido en el inciso 3ro del artículo 36 de Ley 100/93; por otro lado, los factores para liquidar la

⁸ Folio 205-215 c. 2

13-001-33-33-007-2017-00004-01

pensión deben ser los que efectivamente haya recibido el afiliado, que tengan carácter remunerativo y sobre los cuales se haya realizado cotizaciones al sistema.

Además de lo anterior, se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, afirmando que, los apartes del artículo 36 de la Ley 100/93 han sido ampliamente estudiados por la Corte Constitucional, declarándose que los mismo se encuentran ajustados al ordenamiento constitucional, lo que permite ser aplicado a todos los servidores públicos.

Señala, que la manera de aplicar el monto señalado en el art. 36 de la Ley 100/93 no es uniforme en la jurisprudencia colombiana, puesto que, por un lado el Consejo de Estado entiende que el monto está conformado por la tasa de reemplazo y el IBL, el cual debe ser el del último año de servicios, mientras que la Corte Suprema de Justicia entiende equipara el monto, únicamente al porcentaje de la tasa de reemplazo, mientras que el IBL es un concepto aparte que se debe calcular con base en los últimos 10 años de servicio.

Explica que, esta última posición ha sido la sostenida por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-634/11, C-258/13 y SU 230/15, por lo que debe ser aplicada a todos los casos en los que se debate el régimen de transición, puesto que constituyen precedente.

Solicita que revoque la condena en costas, en aplicación del criterio subjetivo.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 24 de agosto de 2018⁹, por lo que 26 de marzo de 2019 se procedió a admitirla¹⁰, y se corrió traslado para alegar el 12 de julio de 2019¹¹.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la demandante como la demanda presentaron alegatos, ratificándose en los argumentos del recurso (fl. 13 al 26 c. apl.). El Ministerio Público no presentó concepto.

⁹ Folio 3 c. 2

¹⁰ Folio 5 c. 2

¹¹ Folio 9 ibídem

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico que se debe resolver es el siguiente:

¿Tiene derecho el señor GUSTAVO ADOLFO ARRIETA YÉPEZ a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por él en los último 6 meses de servicio, por habersele aplicado al momento de reconocer su pensión, el Decreto 929/76, por ser empleado de la Contraloría General de la República?

En caso de que el interrogante anterior sea positivo, el Tribunal deberá resolver lo siguiente:

¿Es procedente el descuento de los aportes que no fueron cotizados, frente a los nuevos factores reconocidos?

¿Hay lugar a la aplicación del factor subjetivo en la condena en costas?

5.3. Tesis de la Sala

13-001-33-33-007-2017-00004-01

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, toda vez que conforme la sentencia SU del 28 de agosto de 2018, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100/93, debe calcularse con los factores salariales contemplados en el Decreto 1158/94 o los cotizados; con base en lo anterior, el demandante no acredita haber cotizado sobre los emolumentos reclamados, y los mismos no se encuentran enlistados en la norma citada.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Régimen pensional de los empleados de la Contraloría General de la República.

De acuerdo con el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, los funcionarios y empleados de la Contraloría General tienen derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, liquidada sobre el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- Acreditar la edad de 55 años, si son hombres y de 50 si son mujeres.
- Acreditar el cumplimiento de 20 años de servicio continuo o discontinuo, de los cuales por lo menos diez deben haber sido prestados ante la Contraloría General de la República.

Ahora bien, dicha norma no expone de manera clara cuales son los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión, por lo que, para ello, debían tomarse las normas vigentes que rigieran la materia, como era el Decreto 1045/78 y posteriormente la Ley 33/85 y la Ley 62/85; ésta última que a su turno establece:

“ARTÍCULO 1. 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

13-001-33-33-007-2017-00004-01

capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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

5.4.2 Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

A través de la Ley 100 de 1993, se crea para los habitantes el territorio Colombiano, el sistema de seguridad social integral, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991. Dicha norma, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual señala que: *"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..."*.

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

De igual forma, el inciso tercero de la norma en cita estableció que *"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"*.

En ese orden de ideas, se advierte que, a pesar de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100/93, en cuanto al monto de la pensión;

13-001-33-33-007-2017-00004-01

la norma también establece que el IBL para calcular la misma será el de 10 años o lo que le faltare a la persona para ello. Lo anterior generó, a través de los años, múltiples interpretaciones sobre la forma de liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen de transición.

5.4.3. Régimen de transición: concepto de monto aplicable y factores salariales para liquidar las mesadas pensionales.

En un primer pronunciamiento unificado, frente a la interpretación que debía dársele al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que debían ser incluidos en la pensión, el Consejo de Estado expuso¹²:

“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.

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que 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. (...) como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda.

(...) respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, (...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA

13-001-33-33-007-2017-00004-01

indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978”.

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 subreglas:

94. La primera subregla 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 hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

95. (...)



13-001-33-33-007-2017-00004-01

96. La segunda subregla 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 subregla 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.

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

13-001-33-33-007-2017-00004-01

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 el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena antes citada y los aplicará al caso concreto.

5.5 Caso concreto

5.5.1 Hechos Probados

- De acuerdo con la copia de la cedula aportada a folio 21 del expediente judicial, y el registro civil visible a folio 9 del expediente administrativo, se tiene que el señor GUSTAVO ADOLFO ARRIETA YÉPEZ, nació el 22 de abril de 1940, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 1995.
- Conforme la certificación expedida por el la Dirección de Talento Humano de la Contraloría General de la República, el demandante devengó, durante el año 1993, los siguientes factores salariales: sueldo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios (fl. 18 c. 1)
- A través de **Resolución 001197 del 13 de marzo de 2001**¹³, Cajanal le reconoció una pensión de jubilación a la accionante, toda vez que el mismo había laborado para el Estado por más de 20 años, así: en el Departamento de Bolívar, desde el 18 de enero de 1967 hasta el 3 de febrero de 1969; y en la Contraloría General de la República desde el 5 de junio de 1975, hasta el 30 de septiembre de 1993 (18 años,), para un total de 20 años 4 meses y 12 días. Además, contaba con más de 55 años de edad, pues lo había cumplido el 22 de noviembre de 1995, fecha en la que adquirió el status pensional.

De acuerdo con lo anterior, se arribó las siguientes conclusiones:

¹³ Folio 120-128 y expediente adm. Fl. 79-87

- El señor ARRIETA YÉPEZ era beneficiario del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100/93.
 - Por ello, era aplicable el Decreto 929/76, del cual se tomó **el IBL tomado de 6 meses** y la tasa de reemplazo fue del **75%**.
 - Se tuvieron en cuenta los factores descritos en el Decreto 1158/94, pues bajo la vigencia de esa norma se adquirió el derecho, y fueron los siguientes: **asignación básica, bonificación por servicios, y prima de servicios.**
 - En el citado acto administrativo, se dejó constancia que no se incluirían la prima de alimentación y transporte, ni la prima de vacaciones, ni la prima de navidad pues ellos no son factores salariales.
- Con petición del 14 de diciembre de 2015, el señor GUSTAVO ARIETA YÉPEZ, solicitó la inclusión de los factores dejados por fuera en la liquidación de su pensión (fl. 7-8); pretensión que fue negada a través de la Resolución RD 010000 del 4 de marzo de 2016, la cual fue confirmada por la Resolución RDP 023974 del 28 de junio de 2016 (fl. 14-16).

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

En el asunto bajo estudio se demanda la nulidad parcial de la Resolución 01197 del 13 de marzo de 2001, mediante la cual se le reconoce la pensión de jubilación. Así mismo, la nulidad de la Resolución RDP 010000 del 4 de marzo de 2016 y la Resolución RDP 023974 del 28 de junio de 2016, mediante las cuales se negó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales recibidos en los últimos 6 meses de servicio.

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por demostrado que el señor GUSTAVO ADOLFO ARRIETA YÉPEZ laboró por más de 20 años para el Estado Colombiano; 18 de ellos en la Contraloría General de la República, hasta el 1 de octubre de 1993; adquiriendo el status pensional el 22 de abril de 1995 (nació en el año 1940), cuando ya había entrado en vigencia la Ley 100/93.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que el señor ARRIETA YÉPEZ es beneficiario del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley

13-001-33-33-007-2017-00004-01

100/93, toda vez que para la fecha en la que ésta norma entró en vigencia - 1º de abril de 1994.-, contaba con 53 años de edad y 20 años de servicio.

Atendiendo el cumplimiento de requisitos de ley, Cajanal le reconoció una pensión de jubilación a través de la **Resolución 001197 del 13 de marzo de 2001**¹⁴, con base en el régimen de transición y el Decreto 929/76 (tasa de reemplazo del 75% y un IBL de 6 meses); sin embargo, no se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales, sino los contemplados en el Decreto 1158/94.

Por lo anterior, el actor hoy día reclama que se incluyan todos los factores salariales, pues en virtud de la transición, el Decreto 929/76 debe ser aplicado de forma integral. La UGPP, por su parte, se opone a dicha pretensión con el argumento de que el régimen de transición solo obedece a la aplicación de la edad, el tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del régimen anterior, pero los factores salariales deben ser calculados con fundamento en la Ley 100/93.

En sentencia de primera instancia, el Juez *A quo* reconoció el derecho a la reliquidación deprecada, pero ordenó que se hicieran los descuentos de los nuevos factores incluidos en la pensión, si sobre ellos no se hicieron cotizaciones al sistema pensional. La parte accionante se encuentra en desacuerdo con lo anterior, pues considera que la decisión es desproporcional e ilegal; mientras que la entidad accionada manifiesta que no debe ordenarse la reliquidación en atención a la jurisprudencia que sobre la materia ha proferido la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas, la Sala procede a dirimir el conflicto presentado, haciendo el estudio de los factores salariales a los que tiene derecho el demandante, para luego, si hay lugar a ello, estudiar sobre la legalidad o no de los descuentos para cotización.

- **De los Factores salariales.**

¹⁴ Folio 2-6 y expediente adm. Fl. 79-87

13-001-33-33-007-2017-00004-01

En lo que respecta a los factores salariales, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo sostiene que solo es posible reconocer en la pensión, factores salariales sobre los cuales se hayan realizado aportes al sistema.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, según el Decreto 1158 de 1994, era obligatorio cotizar sobre los siguientes conceptos:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así: Base de cotización.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados”*

Conforme la certificación expedida por el la Dirección de Talento Humano de la Contraloría General de la República, el demandante devengó, durante el año 1993, los siguientes factores salariales: **sueldo**, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, **bonificación por servicios** (fl. 17 c. 1). Ahora bien, en la Resolución 001197 del 13 de marzo de 2001¹⁵, solo se tuvieron en cuenta los siguientes emolumentos: asignación básica, bonificación por servicios, y prima de servicios.

Analizado lo anterior, encuentra esta Judicatura que el señor GUSTAVO ADOLFO ARRIETA YÉPEZ no tiene derecho a que se le incluya dentro de su pensión los factores que reclama puesto que los mismos no se encuentran señalados dentro del Decreto 1158/94, como factores de salario para cotización a pensión; además, no demuestra que sobre ellos realizó cotización al sistema.

En ese orden de ideas, no es procedente ordenar la inclusión de nuevos factores salariales a la pensión del demandante, por lo que se procederá a

¹⁵ Folio 2-6 y expediente adm. Fl. 79-87

13-001-33-33-007-2017-00004-01

REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

Bajo ese entendido, no hay lugar al estudio del recurso de apelación de la parte accionante, por sustracción de materia, ni el problema jurídico sobre costas planteado por la parte demandada.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 4, señala que *“cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”*.

No obstante lo anterior, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, en ambas instancias, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo.

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 de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: En su lugar, **NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS, en ambas instancias, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

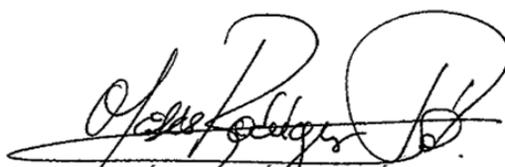
13-001-33-33-007-2017-00004-01

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 032 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN