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	**13-001-33-004-2017-00188-01**
Demandante	**FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA**
Demandado	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**
Tema	*Reliquidación pensional, solicita aplicación de la Ley 33/85 con la inclusión de todos los factores salariales – confirma sentencia que niega pretensiones.*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión[1], a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 31 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron 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 DEMANDA[2]

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA 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] 1-9 c. 1

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

3.1.1. Pretensiones[3]

PRIMERO: Se declare la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en la Resolución 13837 del 12 de mayo de 2005 y la Resolución 17684 del 24 de abril de 2005, por medio de las cuales se reconoce una pensión a la accionante.

SEGUNDO: Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución RDP 007119 del 24 de febrero de 2017, por medio de la cual se negó el derecho a la reliquidación de la primera mesada.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad accionada a reliquidar la pensión de la accionante, aplicando el artículo 1 de la Ley 33/85, en el sentido de liquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en un promedio del 75%.

CUARTO: Que se reconozcan y paguen las diferencias dejadas de pagar de la mesada pensional, desde el 1 de junio de 2006, hasta que se resuelvan de manera favorable las pretensiones de la demanda.

QUINTO: Todas las sumas de dinero deberán ser pagadas de forma indexada conforme al artículo 187 del CPACA.

SEXTO: Que se le dé aplicación al artículo 192 y 195 del CPACA y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos[4]

En la demanda se expone que la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA nació el 27 de agosto de 1948, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 contaba con más de 45 años de edad, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición.

---

[3] Fl. 1-2 c. 1
[4] Fl. 2-3 c. 1

Sostiene que la actora laboró por más de 29 años al servicio del ICBF, entre el 9 de mayo de 1977 hasta el 30 de junio de 2006, desempeñándose en el cargo de Auxiliar Administrativo Grado 14.

Afirma, que la señora RUÍZ DE CORREA fue pensionada por CAJANAL EICE, mediante Resolución 13837 del 12 de mayo de 2005, a partir del 24 de octubre de 2003, posteriormente, dado el retiro del servicio de la actora, presentó solicitud de reliquidación, a la cual se accedió mediante Resolución 17684 del 24 de abril de 2008, a partir del 1 de julio de 2006, con base en los artículos 33 y 34 de la Ley 100/93, no en la Ley 33/85.

En los actos administrativos anteriores, se tuvo en cuanta, para liquidar la pensión, la asignación básica y la bonificación por servicios devengada durante los últimos 10 años de servicio, dejándose por fuera los otros factores igualmente devengados.

Por lo anterior, el 10 de octubre de 2016, se radicó ante la UGPP una solicitud de reliquidación pensional, para que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; pero, dicha pretensión fue denegada a través de la Resolución RDP-007119 del 24 de febrero de 2017.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas se expusieron las siguientes: artículos 1, 2 y 53 de la Constitución Nacional, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y el artículos 36 de la Ley 100 de 1993.

Sostiene que la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA nació el 27 de agosto de 1948, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 contaba con más de 45 años de edad, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición; en ese orden de ideas, le era aplicable el artículo 1° de la Ley 33/85.

Expone, que en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado, sentencia del 25 de febrero de 2016, éste manifestó que a los casos como el que ahora se trae a juicio, no les era aplicable la sentencia SU-230 del 2015, toda vez que de acogerse la misma se afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100/93 que tienen pensiones pendiente de decisión judicial o administrativa, y que representan un número menor frente a quienes se han visto beneficiados con el método tradicional de liquidación.

En lo que se refiere a los factores salariales, la accionante rememora apartes de la sentencia del 16 de febrero de 2012 del Consejo de Estado, en la cual se indica que los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a la inclusión de todos los factores salariales devengados.

Por último, afirma que las prestaciones periódicas son imprescriptibles.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP[5]

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que son ciertos los hechos expuestos en la misma, con excepción de aquellos en los que se hace alusión a consideraciones o interpretaciones jurídicas frente a la norma aplicable a la demandante con respecto al régimen de transición.

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 a la actora se le aplicó el régimen que le correspondía para reconocer su pensión, por lo que no es procedente la reliquidación. Afirma que la señora RUÍZ DE CORREA se le aplicó la ley 100/93 y el Decreto 1158/94 que eran los vigentes al momento en el que ésta adquirió el derecho.

Sostiene que las pensiones deben reconocerse con base en las cotizaciones efectivamente realizadas por el afiliado, esto, para garantizar la estabilidad financiera del sistema. 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 100/93.

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

[5] Folio 97-108

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.

Afirma, 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 Justica 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) buena fe; iv) falta de cotización de factores salariales; v) inexistencia de la indexación y vi) genérica.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[6]

Por medio de providencia del 31 de agosto de 2018, la Juez Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda.

[6] Folio 166-175

En el fallo en comento, se tuvo en cuenta que la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ, era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100/93, había prestado sus servicios al ICBF por más de 20 años y que contaba con 57 años de edad a la fecha de expedición del acto administrativo que le reconoció la pensión; sin embargo, se expuso que no era posible reconocerle la reliquidación pensional con base en el último año de servicio, toda vez que dicha pretensión era contraria a lo establecido en la sentencia SU-230/15 y SU-395/17. En virtud de lo anterior, como quiera que la accionante adquirió el status de pensionada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, el ILB a tener en cuenta era de los últimos 10 años de servicio, o lo que le hiciera falta para ello. En lo que se refiere a los factores salariales, indicó que, los que debían tenerse en cuenta eran los establecidos en el Decreto 1158/94, y, como quiera que a la demandante se le tuvieron en cuenta dentro de la liquidación de su pensión (horas extras, bonificación por servicios y asignación básica), no hay lugar a incluir nuevos factores.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN[7]

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ, devengó durante toda su relación laboral los siguientes factores: salario, bonificación por servicios, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, prima de vacaciones y horas extras; emolumentos éstos que no se tuvieron en cuenta en su totalidad, para liquidar la pensión y que deben ser observados de acuerdo con la posición asumida por el Consejo de Estado.

Manifiesta que el Tribunal Administrativo de Bolívar acogió la postura del Máximo Tribunal Contencioso Administrativo a través de la sentencia de mayo de 2018, con ponencia del Dr. Mario Chavarro Colpas, en el proceso radicado: 13-001-33-33-002-2014-00090-00.

Sostiene que, en virtud de los pronunciamientos antes invocados, debe revocarse la sentencia de primera instancia y accederse a las pretensiones de la demanda.

[7] Folio 178-180

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 2 de octubre de 2018[8], por lo que 26 de marzo de 2019 se procedió a admitirla[9], y se corrió traslado para alegar el 12 de julio de 2019[10].

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte accionante no presentó alegatos, y el Ministerio Público no presentó concepto. Solo la UGPP presentó escrito de alegatos solicitado que se confirme la decisión de primera instancia (fl. 11-15).

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 la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año de servicios?*

[8] Folio 2 c. 2
[9] Folio 4 c. 2
[10] Folio 8 ibídem

5.3 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ 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 el IBL de los últimos 10 años o lo que le faltara al beneficiario para adquirir el status; y los factores salariales deben ser los contemplados en el Decreto 1158/94 o los cotizados.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Régimen contemplado en la Ley 33 y 62 de 1985.

De acuerdo con la Ley 33 de 1985, el régimen pensional de los empleados oficiales que adquirieran el derecho antes de la Ley 100/93 era el siguiente:

> *Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya* ***servido veinte (20) años*** *continuos o discontinuos y llegue a* ***la edad de cincuenta y cinco (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.*
> *(…)*

Debe tenerse en cuenta entonces, que bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, el empleado público tendría derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre y cuando hubiera prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tuviera la edad de 55 años.

En cuanto a los factores que debían servir para determinar la base de liquidación de los aportes, precisó, en su artículo 3º, lo siguiente:

> *"ARTICULO 3. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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."

La disposición antes referida fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que respecto a los elementos salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, estableció:

"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 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."

En suma, las disposiciones antes transcritas, indicaban que quienes accedieran a la pensión de jubilación al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, tendrían derecho a que se les liquidara la misma con fundamento en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3° de la misma ley, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

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 sin 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 1° 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; 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 expuso[11]:

> *"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 3° 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 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:

---

[11] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN 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

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 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. (…)

***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 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 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 periodicamente 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 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 el registro civil de nacimiento visible a folio 55 rev., la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA, nació el 27 de agosto de 1948, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2003.

- Conforme la certificación expedida por el Coordinador del Grupo Administrativo del ICBF, la accionante laboró en dicha entidad como Auxiliar Administrativo Código 5120 Grado 14, desde el 9 de mayo de 1977 hasta el 30 de junio de 2006, devengando los siguientes factores salariales: **sueldo mensual**, **bonificación por servicios prestados**, **auxilio de alimentación, bonificación 1er semestre**, **prima vacacional**, **bonificación 2do semestre**; ello, desde el año 1996 hasta el años 2006 (fl. 45-48 y 56 rev-58 rev y 71 rev).

- **Resolución 013837 del 12 de mayo de 2005**[12], por medio de la cual Cajanal le reconoció una pensión de jubilación a la accionante, manifestando que la misma contaba con más de 1429 semanas de cotización, con más de 55 años de edad (57 años a la fecha de expedición del acto) y que había adquirido el status jurídico el 27 de agosto de 2003.

  Así mismo expuso, que la interesada era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100/93, por lo que le era aplicable el artículo 1° de la Ley 33/85 en cuanto a la edad, tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del 75%; que el IBL se tomaría con base en los últimos 9 años, 6 meses y 23 días de servicio (desde el 1 de abril de 1994 hasta el 23 de octubre de 2003), y se le incluirían los siguientes factores: **asignación básica, horas extras y la bonificación por servicios**. Debe destacarse que las horas extras solo se reconocieron en el año 1994.

  La mesada pensional quedó fijada en la suma de $523.381,59 pesos, efectiva partir del 24 de octubre de 2003 y condicionada al retiro del servicio.

- A través de petición del 28 de diciembre de 2006, la señora RUÍZ DE CORREA solicitó la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta el artículo 34 de la Ley 100/93, en atención a que contaba con 28 años de servicio y su retiro del servicio se había dado el 1 de junio de 2006 (fl. 67 rev-69).

- Mediante **Resolución 17684 del 24 de abril de 2008**[13], Cajanal expuso que la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA había solicitado la

[12] Folio 33-37
[13] Folio 38-43 y 82-85

reliquidación de su pensión con base en los artículos 33 y 34 de la Ley 100/93. Que efectivamente la misma era procedente atendiendo que la peticionaria había laborado en la Rama Judicial y, posteriormente en el ICBF por un término de **10.972 días (30 aprox) y había cumplido los 55 años de edad**; además, que la fecha de adquisición del estatus jurídico fue el 27 de agosto de 2003, pero **el retiro del servicio de la interesada solo se dio el 30 de junio de 2006**.

Por lo anterior, la pensión debía ser liquidada con el **85%, del promedio de lo devengado entre el 1 de julio de 1996 y el 30 de junio de 2006,** teniendo en cuenta los siguientes factores: asignación básica, bonificación por servicios.

- Petición de reliquidación presentada por la accionante ante la UGPP, de fecha 10 de octubre de 2016, en la que se solicita la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio (fl. 22-31)

- Resolución RDP 007119 del 24 de febrero de 2017, por medio de la cual se niega la solicitud antes expuesta (fl. 13-18).

- Certificado expedido por del 1996 al 2006, fl. 45

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

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por demostrado que la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA, laboró por más de **30 años** al servicio del Estado: en la Rama Judicial desde el 1 de mayo de 1972 y el 30 de agosto de 1973[14]; y, en el ICBF como Auxiliar Administrativo Código 5120 Grado 14, desde 9 de mayo de 1977 hasta el 30 de junio de 2006 (fl.45-48). Además, se demostró que la interesada cumplió los **55 años de edad, el 27 de agosto de 2003**, puesto que su nacimiento se produjo en el año 1948 (fl. 55).

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que la señora RUÍZ DE CORREA es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100/93, toda vez que para la fecha en la que ésta norma entró en vigencia - 1° de abril de 1994.-, contaba con 45 años de edad y 17 años de servicio.

[14] Resolución 013837 del 2 de mayo de 2005, folio 33-37 y 59.

Por otra parte, se observa que, atendiendo el cumplimiento de requisitos de ley, Cajanal le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución 013837 del 2 de mayo de 2005[15], con base en el régimen de transición y la Ley 33/85 (tasa de reemplazo del 75% y un IBL de 9 años, que era lo que le faltaba para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100/93); sin embargo, dicha pensión fue reliquidada mediante Resolución 17684 del 24 de abril de 2008[16], en esta oportunidad se hizo uso del régimen de la Ley 100/93.

Sea lo primero aclarar que la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA, en la actualidad disfruta de una pensión liquidada con fundamento en la Ley 100/93, como quiera que ella misma así lo solicitó en la petición de reliquidación elevada el 28 de diciembre de 2006 (fl. 67-69). Que por lo anterior, **goza de una tasa de reemplazo del 85%, y IBL de los últimos 10 años,** es decir, desde el 1 de julio de 1996 y el 30 de junio de 2006.

Ahora bien, en esta demanda reclama que se le reliquide la pensión con fundamento en el régimen de transición de la Ley 100/93, nuevamente, y que en virtud a ello, se le aplique de manera íntegra la Ley 33/85 con todos los factores salariales devengado en el último año de servicio. 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 que el IBL y los factores salariales deben ser calculado con fundamento en la Ley 100/93.

En ese orden de ideas, la Sala procede a dirimir el conflicto presentado, de la siguiente forma:

- ***Aplicación integral de la Ley 33/85 y el ingreso base de cotización***

Como quedó sentado en el marco normativo de esta providencia, el Consejo de Estado ha establecido, por medio de sentencia de unificación del año 2018 que el IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100/93 es el siguiente:

i) A quien le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión (a la fecha en entrada en vigencia de la Ley 100/93), el

[15] Folio 33-37
[16] Folio 38-43

ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello.

ii) O 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.

Bajo ese entendido, queda claro para la Sala que no es posible reclamar la reliquidación pensional con base en el último año de servicios, puesto que el precedente jurisprudencial es claro en determinar que solo pueden tenerse en cuenta para ello, los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus pensional, desde la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

En el caso bajo estudio, se advierte que la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA cumplió los 20 años de servicio el en el año 1996, aproximadamente y los 55 años de edad **el 27 de agosto de 2003;** por lo tanto, a la fecha de entrada en vigencia de Ley 100/93 (1° de abril de 1994), **le faltaban 9 años y 4 meses aproximadamente para adquirir el status pensional**; por lo que, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales antes citadas, su IBL debía ser liquidado con base en ese término.

De acuerdo con lo anterior se tiene que, en el evento de que a la actora se le liquidara la pensión con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, el IBL que aplicaría sería el de 9 años y 4 meses; no el del último año como se pretende en la demanda, puesto que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el IBL no es un concepto sujeto al régimen de transición y por lo tanto debe llevase a cabo según lo establecido en el inciso tercero de la Ley 100/93.

En el sub examine, advierte este Tribunal que Cajanal, en el primer acto administrativo en el que reconoció la pensión a la actora, Resolución 013837 del 2 de mayo de 2005, liquidó de manera adecuada la misma; y si bien en la segunda reliquidación se aplicó el IBL de los últimos 10 años, esto se dio por petición de la misma accionante, al exigir que se le liquidara ésta prestación económica con base en parámetros diferentes a los del régimen de transición.

No podemos olvidar que el principio de inescindibilidad implica que, a la hora de liquidar una pensión con base en determinado régimen, todos los elementos

que la gobiernan deben fundarse en él, sin que sea posible segregar de dicha regulación, una situación que beneficie más al interesado, pues generaría la desnaturalización de la norma aplicable. En ese sentido, se tiene que, la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA no podría pretender la aplicación de una tasa de reemplazo mayor, y la aplicación del régimen de transición, por lo cual, Cajanal, al encontrar que la solicitud de la hoy demandante era procedente (pues esta contaba con más de 57 años cuando dejó de laborar, y con 30 años de servicio)[17], le aplicó el régimen de la Ley 100/93 con una tasa de reemplazo del 85%

De acuerdo con lo anterior, concluye esta Judicatura que la demandante, si bien podría acceder a la reliquidación pensional con base en el régimen de transición, no tiene a que se le tenga en cuenta el último año como IBL.

- **De los Factores salariales.**

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 1°. El artículo 6° 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 el certificado emitido por el ICBF, la demandante, devengó los siguientes factores: sueldo mensual, bonificación por servicios prestados, auxilio

[17] Para ese momento, el artículo 33 de la Ley 100/93 exigía una edad de pensión de 55 años para las mujeres.

de alimentación, bonificación 1er semestre, prima vacacional, bonificación 2do semestre (fl. 45-48 y 56-58).

De lo anterior se concluye que solo tiene derecho a que se le incluyan, en la liquidación de su pensión el sueldo mensual, bonificación por servicios prestados, pues ninguno de los otros emolumentos devengados hace parte del decreto en cita; además, tampoco demostró haber hecho cotizaciones al sistema general de pensiones, sobre los mismos.

En ese orden de ideas, no es procedente ordenar la inclusión de nuevos facetes salariales a la pensión de la señora FABIOLA MARGARITA RUÍZ DE CORREA.

Para finalizar es preciso exponer que el régimen aplicable a la demandante le es más favorable que el que ahora persigue, si se tiene en cuenta que en ambos los factores salariales a liquidar son los mismos, el IBL entre uno y otro solo difiere en 8 meses (transición: 9 años + 4 meses; Ley 100/93: 10 años); pero, la tasa de reemplazo es mejor en la Ley 100/93 (85%), que en la Ley 33/85 (75%).

Partiendo de lo anterior concluye este Tribunal que la sentencia de primera instancia debe ser CONFIRMADA.

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 señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

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

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: 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