

Cartagena de Indias D. T. y C, veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-001-2015-00046-01
Demandante	EDITH PAEZ DUEÑAS
Demandado	UGPP
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Actuación	SENTENCIA 2º INSTANCIA
Tema	RELIQUIDACIÓN LEY 33 DE 1985

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia dictada en la audiencia celebrada el 7 de septiembre del 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.

2.1. LA DEMANDA.

2.1.1. Pretensiones.

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución RDP 006783 del 19 de febrero del 2015, mediante el cual se negó la reliquidación pensional y la del acto que reposa en la resolución RDP 022358 del 2 de junio del 2005, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación confirmando en todas su partes la anterior.

Como pretensión consecuencial se invocó la reliquidación pensional de la actora con todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicios.

2.1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- A través de la resolución No. 1522 del 04 de marzo de 1994 se le reconoció a la accionante una pensión en cuantía de \$ 110.829, efectiva a partir del 01 de julio de 1993.

- Mediante la resolución No. 16923 del 08 de junio de 1998, se reliquidó la pensión en cuantía de \$287.293, a partir del 01 de agosto de 1997.
- La accionante solicitó el 27 de octubre de 2014, la reliquidación de la pensión.
- La UGPP negó la reliquidación a través de los actos demandados, sin tener en cuenta que la demandante se encuentra amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por ello tiene derecho a que su prestación sea reconocida con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invoca como violadas la las siguientes normas:

- Decreto 3135 de 1968: artículo 27
- Decreto 1848 de 1969: artículo 63
- Decreto 1042 de 1978
- Decreto 1045 de 1978
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Decreto 1158 de 1994

Asegura que mediante los actos acusados la entidad demandada no reliquidó con todos los factores que constituyen salario y aplicó indebidamente la ley 33 y 62 de 1985, decreto 1160 de 1989 y el artículo 36 de la ley 100 de 1993

2.2. LA CONTESTACIÓN.

Se opuso la parte demandada a las suplicas de la demanda.

Afirmó que el reconocimiento se realizó teniendo en cuenta el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debiéndose

conformar el IBL con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio y en cuanto a los factores salariales aquellos que se encuentren en el Decreto 1158 de 1994.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante fallo proferido el 07 de septiembre del 2017, el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda resolviendo lo siguiente (se transcribe en parte):

"PRIMERO: Declarar la nulidad de las resoluciones N° RDP 006783 del 19 de febrero del 2015 y RDP 022358 del 2 de junio del 2015, expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL reliquidar la pensión de jubilación de la señora EDITH PAEZ DUEÑAS, teniendo en cuenta para tales efectos el sueldo básico, la bonificación por servicios presados, la prima de antigüedad, el subsidio de transporte, el subsidio de alimentación, la prima de servicios y la doceava parte de las primas de navidad y de vacaciones devengadas durante el año anterior al 30 de julio de 1997.

(....)"

Aseguró que la actora no se encuentra cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por ello se debe descartar el criterio interpretativo de esta disposición fijado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-230 y C – 258 del 2013.

Que la actora se encuentra cobijada por la ley 33 de 1985 y en tal virtud tiene derecho, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la referida ley a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes.

Sostuvo que en cuanto a los factores salariales para la liquidación de la mesada pensional, debe tenerse en consideración lo previsto en el artículo 3 de la ley en mención, modificada por el artículo 1 de la ley 62 de 1985, disposición que contempla que las pensiones se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Que en torno a esa disposición el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 4 de agosto del 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, consideró que el listado contenido en el artículo

comentado tiene carácter enunciativo y por tanto es admisible la inclusión de otros factores salariales, entendiendo por tales, las sumas que en forma habitual y periódica percibe el trabajador como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se le dé.

Que aplicando lo anterior se concluye que la actora tiene derecho a que su mesada pensional se liquide tomando como base todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, esto es, el anterior al 30 de julio de 1997, fecha en que se produjo el retiro.

Concluyó que la mesa de la demanda debió tener en cuenta los siguientes factores: la asignación básica, los subsidios de transporte y alimentación, las primas de navidad, vacaciones y servicios y las bonificaciones por servicios prestados y por antigüedad, conceptos que fueron devengados durante el lapso indicado conforme a la certificación que obra a folio 8 del expediente.

2.4. RECURSO DE APELACIÓN.

Parte demandante.

Solicita que se adicione el fallo para que se decrete la prescripción de los aportes y la prescripción de la indexación de los aportes adeudados que no fueron cobrados oportunamente por el ente de previsión.

Parte demandada.

Cuestiona la sentencia el apoderado de la parte demandada en esencia porque ordenó la reliquidación con base en el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, y sin tener en cuenta que solo deben tenerse como factores a aplicar aquellos establecidos en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.

Que no sería correcto incluir factores salariales que no fueron objeto de descuento para pensión, máxime cuando en nuestro sistema jurídico es de pensiones basadas en los aportes a pensión que efectivamente realicen los afiliados.

Sugiere que debe tener cabida la interpretación de la Corte Constitucional realizada en las sentencias C – 470 de 1995 y C 279 de 1996, así como la sentencia del 12 de febrero de 1993 de la Corte Suprema de Justicia, según la cual se deben incluir los factores salariales que tengan carácter remuneratorio y

sobre los cuales se hayan realizado cotizaciones al Sistema General de Pensiones.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto sobre el asunto en esta instancia.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia, se ejerció control de legalidad del mismo, conforme lo preceptuado en el artículo 207 del CPACA, por ello y teniendo en cuenta que en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III.- CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Con fundamento en lo mencionado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

3.2. Problema jurídico.

El *a quo* ha decantado por la nulidad de los actos acusados, entendiendo que debe aplicar para ello la interpretación que de la ley 33 y 62 de 1985 hiciera el Consejo de Estado en algún momento, en función del concepto amplio de salario y según la cual, la liquidación de la pensión de jubilación de los empleados regidos por esa normativa, debía comprender todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibía el empleado como retribución de sus servicios a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.

Se trata entonces de la postura asumida por la alta colegiatura en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, de radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Así las cosas, se preguntará la Sala si procede la reliquidación de la mesada pensional en la forma despachada, o si debe imperar el criterio de taxatividad que invoca la censura a la luz de la ley 62 de 1985, para en su lugar disponer la revocatoria de la sentencia.

Solo si se impone la primera hipótesis se desata lo concerniente al cuestionamiento formulado por la parte activa.

3.4. Tesis

Se **REVOCARÁ** la sentencia apelada por cuanto el asunto se debe gobernar por lo dispuesto taxativamente en la ley 33 y 62 de 1985, entendiendo que deben hacer parte de la liquidación de las pensiones en dicho régimen, **sólo los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones y en armonía con lo contemplado en la normativa.**

3.5. Argumentación normativa y jurisprudencial.

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 disponía:

"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) sin son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

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



El artículo 3º 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 su 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.

Parágrafo único. La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.

”.

Como bien viene de exponerse, la ley 33 de 1985, con la modificación que de ella hiciera la 62 del mismo año, estableció un criterio de taxatividad, en virtud del cual, los factores que constituyan la base para la liquidación de los aportes, (mismos que enumeró y denominó), son los mismos que deben tenerse en cuenta para determinar base de liquidación pensional.

En orden a lo anterior se advierte que, de tiempo atrás el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (citada como fundamento de la demanda), había fijado la tesis según la cual, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el 1º de la ley 62 del mismo años, 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.

No obstante, dicho criterio fue revaluado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo de unificación jurisprudencial proferido el **28 de agosto del 2018**, en el expediente de radicación 52001-23-33-000-2012-00143-01, en el que se decantó, a propósito del estudio del Régimen de Transición incorporado por la ley 100 de 1993 y lo concerniente al

real alcance de la ley 33 de 1985, en función de sus factores salariales, que dicha interpretación “va en contravía del principio de **solidaridad** en materia de seguridad social”, arguyendo que “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, **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.**

Sostuvo así la Máxima Colegiatura que, la interpretación que más se ajusta a la Constitución Política, es aquella según la cual, en el régimen de la ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse en la liquidación de la mesada pensional. A lo que agregó que, ello reivindica el sistema de contribución bipartita sobre el que se debe fincar el sistema, que se traduce en que debe existir coincidencia entre lo aportado y lo que se recibirá por el afiliado como retorno, además de que se asegura el principio de sostenibilidad financiera.

Así se expuso en la sub regla:

“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.

(....)

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.

Luego entonces, se debe estar el intérprete a lo que claramente establece la regla 1° de la ley 62 de 1985, en armonía con la tesis jurisprudencial que más se acopla a la Constitución Política.

3.6. Caso concreto.

En el *sub lite*, de entrada se advierte que los factores a tener en cuenta para conformar el IBL pensional, no pueden ser diferentes a aquellos que hayan servido de base para calcular los aportes al sistema de pensiones, y que se encuentran enunciados en el artículo 3 de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la aludida ley 62 de 1985, entre los que **no** se encuentran, el subsidio de transporte, el subsidio de alimentación, la prima de servicios, ni las primas de navidad y de vacaciones reconocidas por el *a quo*.

Por demás, según como se acreditó, a la actora se le reliquidó su prestación de vejez, conforme a la resolución 016923 del 08 de junio de 1998 (véase el documento No. 25 del cd adjunto), adicionándose al factor salarial asignación básica con base en el cual primigeniamente se le había liquidado el IBL en la resolución de reconocimiento pensional (documento 15 del CD adjunto), dos factores más, estos son: la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, los que si se encuentran incluidos en la lista prescrita por la normativa aludida.

Aunado a ello, de la certificación que milita a folio 8 del cuaderno principal No. 1, emerge nítido que, de los factores a que alude el artículo 3 de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, solamente devengó la actora entre el año 1996 y 1997 (último año de servicios), la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

Así las cosas, decantado como esta que, salvo la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, todos, efectivamente reconocidos por la parte demandada a la demandante, los demás factores devengados por la actora el último año de servicios no son factores salariales comprensivos de IBL, según las normas aplicables al asunto particular, cualquier disquisición adicional deviene inocua, puesto que, evidentemente, no tiene derecho la demandante a que esos otros factores sean tenidos en cuenta para reliquidar su prestación.

Dicho todo lo anterior, se resuelve el problema jurídico planteado contestando que no procede la reliquidación de la mesada pensional en la forma solicitada y despachada por el *a quo*, pues debiendo imperar el criterio de taxatividad dispuesto en la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985, hay lugar a colegir que no se acreditó, que aparte de los tres factores reconocidos, existan otros que deban conformar el ingreso base de liquidación en el periodo aplicable.

Por lo anterior se REVOCARA la sentencia apelada, para en su lugar denegar las suplicas de la demanda, dado que no se desquició la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

3.7. Condena en costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

“(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Así las cosas, se condenara en costas a la parte **demandante**, como quiera que, dada la revocatoria que opera por este proveído, finalmente fue la que resultó vencida en el proceso, ordenando al juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN.

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

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: NIÉGASE en consecuencia las pretensiones.

TERCERO: CONDÉNASE en costas a las parte **demandante**, liquídense en primera instancia, de conformidad con lo expuesto.

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

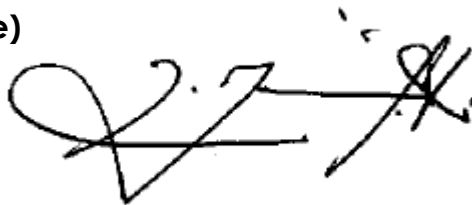
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.

(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

05e1bd0d50e1229df860c88a088b234c90c45b47267bd6f70a296ff721fe68e6

Documento generado en 25/11/2020 02:11:44 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>