

Cartagena de Indias D. T. y C, dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Laboral
Radicado	13-001-33-33-004-2016-00003-01
Demandante	Álvaro de Jesus Miranda Lopez
Demandado	Universidad de Cartagena
Tema	<i>Reliquidación pensional</i>
Magistrado Ponente	Roberto Mario Chavarro Colpas

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 22 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto (04) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.

2. La demanda.

2.1 Pretensiones

Que se declare la nulidad de las resoluciones nº 02778 del 15 de agosto de 2014, que decidió la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación que percibe el demandante. y la resolución 2332 de 2015 del 21 de agosto de 2015, que resolvió el recurso de reposición.

Como consecuencia de lo anterior, que se ordene a la entidad demandada a reliquidar el valor del promedio de lo devengado por el convocante, incluyendo todos los valores percibidos en el último año efectivo de servicios.

2.2. Hechos

El señor Álvaro de Jesús Miranda, fue empleado de la Universidad de Cartagena, lo cual lo hizo acreedor el 11 de junio de 1999, de una pensión de jubilación conforme a lo planteado en la convención colectiva, la cual fue reconocida y otorgada mediante resolución 09681 de 1999.

En esa resolución, se tomó como valor del último año de servicios para efectos de liquidar la pensión, el de \$ 6.897.820, tomando como último año el periodo de 12 meses exactos, contados hacia atrás, desde el momento en que cumplió los requisitos para acceder a la pensión, obviando que el demandante tuvo tres meses de suspensión dentro de ese ultimo año, por lo cual se promedio no fue calculado con los salarios y prestaciones recibidas en el último año de servicios.

Posteriormente, mediante resolución 1468 de 199, se incrementó la pensión reconocida mediante resolución 0981 de 1999, para este caso, se tomó como valor del último año de servicios con el que se liquidó la pensión, el de \$ 7.087.880.

Luego, mediante resolución 3174 del 26 de agosto de 2010, se ordenó revocar las resoluciones 0981 de 1999, 1468 de 1999 y 2230 de 2008, en cumplimiento al fallo del Tribunal Administrativo de Bolívar, que ordenó anular la pensión de jubilación reconocida por la Universidad de Cartagena y se conmina a efectuar un nuevo reconocimiento pensional conforme a la ley 33 de 1985.

En cumplimiento en el fallo en mención, la entidad convocada reconoce pensión de vejez conforme a la ley 33 de 1985. El valor del último año de servicios con el que se liquidó la pensión fue de \$ 7.087.880, mediante resolución 3208 de 2010.

Luego, en cumplimiento de un fallo de tutela, se reliquidó la pensión de vejez reconocida mediante resolución 3208 de 2010. En esa oportunidad el valor del último año de servicios con el que se liquidó la pensión fue de \$ 5.410.934.

Se presentaron los recursos de ley, estos fueron negados, a pesar de haberse razonado en dicha solicitud, entre otras cosas, que al tomar el valor de los salarios devengados en el último año, se hizo con los reportes de nómina del periodo comprendido entre el 30 de junio de 1998 y el 30 de junio de 1999, y no tuvo en cuenta que el pensionado fue objeto de una sanción de 90 días, por lo cual no recibió salarios durante los meses de diciembre de 1998, enero y febrero de 1999.

2.3. Normas violadas

- Constitucionales: artículos 2, 13, 487 y 53.
- Legales: ley 33 de 1985.

2.4. Concepto de violación.

Expone el actor que, que la Universidad de Cartagena, con la expedición del acto administrativo y su errónea liquidación, no sólo quebrantó las condiciones de igualdad a las que el demandante tiene derecho, respecto de los demás funcionarios a quienes sí les fue aplicada la liquidación con el promedio de lo devengado en su último año efectivo de trabajo.

3. La contestación

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Sostiene en su defensa que de acuerdo a la información que reposa en el expediente pensional, la Universidad de Cartagena mediante la Resolución nº 3208 del 31 de agosto de 2010, reconoció a favor del señor Álvaro de Jesus Miranda Lopez una pensión de vejez en cumplimiento de un fallo judicial.

Esta prestación se adecuó conforme los preceptos de la ley 33 de 1985, por haberse ordenado en sede judicial al constatarse que el señor Miranda Lopez en su calidad de empleado publico es beneficiario de la transición pensional contienda en el art. 36 de la ley 100 de 1993.

Así las cosas, para determinar el valor de la mesada pensional, en la base de liquidación se incluyeron todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio; esto es, el comprendido entre el 01 de julio de 1998 al 30 de junio de 1999. Pese a que el actor suspendió por tres meses (diciembre de 1998, enero y febrero de 1999, sin recibir sueldo), por error involuntario en la liquidación de la pensión se contabilizaron salarios supuestamente devengados en esas fechas.

El acto administrativo se corrigió el valor de los salarios devengados durante el último año de servicio; considerando que durante el periodo señalado el señor Miranda fue suspendido durante tres meses sin recibir salario. El monto efectivamente devengado; así como el de los demás factores salariales previamente certificados por el área correspondiente, fueron incluidos en la liquidación de la mesada pensional.

El demandante pretende una aplicación amplia del artículo Primero de la ley 33 de 1985, concediéndosele el beneficio (no contemplado en la ley) de efectuar la liquidación de la pensión con base en los salarios devengados durante el periodo comprendido entre abril de 1998 y junio de 1999, porque

durante tres meses este no devengó salarios, por haber sido sancionado disciplinariamente con suspensión.

Los efectos de la suspensión disciplinaria no corresponden a los de la terminación del vínculo laboral, razón por la cual, durante el periodo que dura la suspensión, el trabajador no recibe sueldo, más, sin embargo, su empleador conserva la obligación de cancelar los aportes con destino al sistema de seguridad social.

Así las cosas, habiéndose establecido que, durante el término que dura la suspensión disciplinaria, el empleador conserva la obligación de realizar los aportes con destino al sistema de seguridad social, resulta errada la interpretación que de la norma realiza el demandante, pues en su jubilación equivale al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, asumiendo equivocadamente que durante los tres meses que no recibió salario, no se realizaron aportes al sistema, lo cual no resulta valedero.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió a las pretensiones alegando que la entidad demandada tuvo en cuenta el ultimo año certificado, obviando que el señor Miranda, no presto sus servicios efectivamente desde el 1 de diciembre de 1998 hasta el 30 de marzo de 1999, se acogerá la interpretación más favorable para el demandante, ordenándose la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el ultimo año de servicios, esto es, durante el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1998 hasta el 30 de noviembre de 1998 y el 1 de abril de 1999 hasta el 30 de junio de 1999.

5. Recurso de apelación.

5.1. Parte demandada.

La apoderada de la parte demandada aduce como reparo en concreto que, se debe revocar la sentencia puesto que, los actos administrativos que se demandan, se encuentran conforme a derecho, al motivarse debidamente, de acuerdo a los preceptos normativos aplicables al caso.

Obsérvese que la conclusión a la cual llega el despacho, y que conlleva a la declaratoria de nulidad, no se ajusta a lo consagrado en la ley 33 de 1985,

puesto que no se justifica porque determina excluir el término de la suspensión disciplinaria del demandante, siendo que la norma no prevé ni permite hacer este razonamiento.

Los efectos de la suspensión disciplinaria no corresponden a la terminación del vínculo laboral del actor con la demandada, razón por la cual el empleado no recibe sueldo, más sin embargo su empleador conserva la obligación de cancelar los aportes al sistema de seguridad social, como afectivamente lo hizo.

6. Concepto del ministerio público.

El Ministerio Público no emitió concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

Con fundamento en lo preceptuado 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.

4.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

De acuerdo con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y de conformidad con la jurisprudencia¹, el art. 243 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con el art. 328 del C.G.P. se procederá a resolver el recurso de apelación, de conformidad con la remisión del art. 306 del CPACA.

4.3. Problema jurídico.

¹ CONSEJO DE ESTADO. Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00642-02(20718). 17 de mayo de 2018. Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO.

Se contraerá a establecer si debe revocarse o no la sentencia apelada al determinar si el actor, al ser beneficiario del régimen de transición contemplado en la ley 100 de 1993, tiene derecho a la reliquidación de su pensión mensual de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, excluyendo el tiempo que estuvo suspendido por la sanción disciplinaria.

4.4. Tesis.

Se sostendrá que, para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos pertenecientes al régimen de transición, de conformidad con la postura recientemente unificada por Sala Plena del Consejo de Estado², el demandante no tiene derecho a la reliquidación deprecada, toda vez que se debe ceñir a los parámetros del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en cuanto al IBL y los factores salariales que aportó al sistema, siempre y cuando se encuentren establecidos en el Decreto 1158 de 1994; por tanto, se revocará la sentencia del a quo y se negarán las pretensiones de la demanda.

4.5. Marco normativo y jurisprudencial.

- Régimen de transición pensional en el Sistema General de Pensiones

El artículo 48 de nuestra Constitución Política, consagra este derecho como un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio bajo la coordinación y control del Estado atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Con base en esto, la ley 100 de 1993 tiene como objetivo mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

El Sistema General de Pensiones en su artículo 10, consagra el objetivo de garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

La protección de este derecho emana del bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 93³ de la Carta Magna, previsto en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 22, en virtud del cual:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida

² CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

³ “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno...”

cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

Dicha implementación se creó para beneficiar a dos grandes grupos que se encontraban bajo regímenes pensionales anteriores: (i) Aquellos que para la fecha de entrada en vigencia de la ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a la pensión o se encontraban pensionados en los sectores público, oficial o semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado; (ii) Aquellos que estaban próximos a adquirir el derecho a pensionarse, con vigencia ultractiva y permitiendo que a medida que cumplieran los requisitos para acceder a la pensión, lo hiciesen en los términos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En ese orden y por mandato del citado artículo, la ley 33 de 1985 produce efectos jurídicos para quienes se encuentren cobijados por el régimen de transición así:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley".*

Se colige de la norma, que basta reunir cualquiera de los anteriores requisitos para derecho a dicho régimen.

- Sentencia de unificación – criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para los beneficiarios del régimen de transición.

Con la sentencia SU del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena del Consejo de Estado sentó 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".

En ese orden, también sostuvo que para efectos de la liquidación del IBL de los beneficiarios del régimen de transición, se hace bajo las siguientes subreglas:

“- 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”.

Atendiendo los anteriores razonamientos, los factores salariales que deben incluirse en el IBL para los servidores públicos pensionados por vejez son aquellos sobre los cuales se haya efectuado cotizaciones al Sistema de Pensiones y ello lo precisa nuestro órgano de cierre jurisdiccional en la citada jurisprudencia, así:

“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”.

Más adelante sostiene:

“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”.

Se colige de lo anterior que, para la liquidación de la pensión, deben tenerse en cuenta el promedio de los salarios sobre los cuales efectivamente se cotizó; dicha carga le corresponde demostrarla al accionante, por ser éste quien persigue el efecto jurídico de las normas que son aplicables al caso en concreto, a fin de poder desvirtuar la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos proferidos por las entidades estatales.

En pronunciamiento más reciente, el Honorable Consejo de Estado en sentencia (2643-2015)⁴ de fecha 15 de julio de 2019 sostuvo:

“No es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios como lo depreca la parte demandante porque según la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo

⁴ **Referencia:** Nulidad y restablecimiento del derecho, **Radicación:** 13001233300020130006802 (2643-2015), **Demandante:** Reynold Rodríguez Martínez, **Demandada:** Servicio nacional de aprendizaje.

de Estado del 28 de agosto de 2018 el IBL aplicable es el 75%, del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los diez (10) años anteriores al disfrute efectivo de la pensión; con la inclusión de los factores salariales de asignación básica, horas extras y bonificación por servicios prestados".

En esa misma línea, la jurisprudencia en sentencia (3182-14)⁵ de 23 de septiembre de 2019, ratifico la posición.

En ella, concluyó que la Sala Plena de la Corporación dispuso que el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Dicho esto, se entiende que la pensión de jubilación bajo el régimen de transición, debe ceñirse al periodo de liquidación y los factores sobre los cuales efectivamente se realizó aportes estipulados en el Decreto 1158 de 1994 y lo regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 bajo el principio de solidaridad como pilar del Estado Social de Derecho y el artículo 48 de la Constitución Política que definió a la seguridad social como un servicio público obligatorio con sujeción a la eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema.

4.6. EL CASO CONCRETO.

Aterrizados en el *sub lite*, la pensión de jubilación del señor Álvaro de Jesús Miranda, bajo el régimen de transición, debe ceñirse al periodo de liquidación y los factores sobre los cuales realizó efectivamente los aportes, según el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, debido a que el demandante acreditó la edad y sumado a ello, también cumple con el tiempo de labor exigido por la norma⁶.

La controversia suscitada sugiere entonces, descartando de entrada que efectivamente el actor es beneficiario del Régimen de Transición (pues no es asunto sometido al debate), dilucidar si el ingreso base de liquidación en el caso particular debe comprender el salario promedio de todo lo devengado en el último año de prestación de servicios, tal y como lo expone la ley 33 de

⁵ Actor: Jhon Jairo Cárdenas rojas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP. Radicado No. 25000-23-42-000-2013-01276-01. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

⁶ Ver resolución n° 0981 del 11 de junio de 1999, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación.

1985 (tesis sostenida por el *a quo*), excluyendo el periodo en que el actor estuvo suspendido, o si por el contrario, lo que se impone es admitir que ello se gobierna por la ley 100 de 1993.

No obstante a lo anterior la Sala precisa que, de conformidad con las pruebas aportadas al plenario, se tiene que el actor fue vinculado a la Universidad de Cartagena, siendo incorporado desde el 30 de agosto de 1976 hasta el 30 de abril de 1999, para un total de 23 años aproximadamente, por lo que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), el demandante había laborado por 18 años acreditando los 15 años de servicio o cotización al sistema y sumado a ello también tenía la edad de 44 años; por tanto, es procedente concluir que sí es cobijado por el régimen de transición, debido a que cumple con ambos requisitos, pues basta con acreditar al menos uno de ellos para poder ser beneficiario.

Se tiene entonces que, a través de la resolución N.º 02778 del 15 de agosto de 2014, al cual se demanda, la accionada da cumplimiento a una orden tutelar y ordena reliquidar la pensión de jubilación del actor que viene reconocía mediante resolución n° 3208 de 31 de agosto de 2010, teniendo como IBL el último año de servicios, comprendido entre el 30 de junio de 1998 a 30 de junio de 1999, tenido en cuenta para la liquidación los factores salariales los siguientes: sueldo, subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de antigüedad, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios, prima de servicios y prima de vacaciones.

En ese orden, el actor presentó recurso de reposición, solicitando que le sea reliquidada la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, excluyendo los tres meses en que este se encontraba suspendido.

Por consiguiente, la entidad a través de la resolución 2332 del 21 de agosto de 2015, negó la reposición en la que se buscaba la reliquidación de la pensión del demandante.

Para ilustrar mejor el régimen de transición y para verificar si es aplicable en el caso, se procede a esclarecer la normatividad prevista para el caso en concreto:

PENSION DE JUBILACION EN LA LEY 33 DE 1985		DECRETO 1158 DE 1994	REGIMEN DE TRANSICION
«ARTÍCULO	1. El empleado	"Base de cotización".	La edad para acceder a la pensión

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	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;	de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas <u>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,</u> 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.
---	--	--

Explicado el cuadro anterior, el periodo para liquidar la pensión conforme a las condiciones estipuladas en la en la ley 100 de 1993 de acuerdo al artículo 36 y 21, son:

1. 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.
2. 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.

En ese sentido, el accionante se encuentra inmerso en la primera regla, toda vez que, a 1 de abril de 1994, fecha en que entra en vigencia la ley 100 de 1993, su pensión debió ser liquidada con la inclusión de los factores devengados y aportados al sistema de los últimos 5 años, puesto que este era el tiempo que le faltaba para pensionarse según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 en su artículo 21⁷; sin embargo, su IBL fue determinado con los factores devengados durante el último año de vida laboral.

En ese orden, el actor solicitó fue la reliquidación de la pensión con el salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, con exclusión de los tres meses que estuvo suspendido. No es posible acceder a su pretensión por cuanto la norma es clara al estipular las reglas para la liquidación del IBL, es decir, para liquidar su prestación económica con el último año de servicios, al actor debió de haberle faltado este tiempo para poder obtener el derecho a su pensión siendo esta la única manera que su pretensión tenga prosperidad y ello no se observa dentro del *sub judice*.

Lo anterior si bien es cierto, que se está discutiendo, si es procedente la exclusión de los tres meses que el actor duró suspendido, este no puede ser estudiado debido a que tal y como se expresó anteriormente, la liquidación hecha por la demandada de la pensión fue errada, por no aplicar el IBL de manera correcta, pero esto no objeto de demanda, por lo que solo se ciñe en lo pretendido.

Del cuadro anterior, también se desprende que debió darse aplicación a lo previsto en el Decreto 1158 de 1994 por lo cual ésta Sala procede comparar lo devengado por el actor y lo establecido en la norma, por lo cual se llega a las siguientes conclusiones:

El subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de navidad y prima de servicios, devengados por el actor, no son factores que constituyen el IBL por cuanto no están enlistados en la taxatividad de la norma en comento, por lo que no se debieron tener en cuenta para la liquidación de la pensión.

De acuerdo a lo anterior, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la

⁷ **ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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; toda vez que, dicho criterio de interpretación traspasa la voluntad del legislador por cuanto éste enlistó los factores para conservar al sistema y así retribuir al trabajador solo en base a lo que cotizó y se encuentre debidamente estipulado en el ordenamiento jurídico (Corte Constitucional).

Con esta interpretación se pretende garantizar la pensión de los beneficiarios del régimen de transición para que se liquide conforme a los factores cotizados y respetando la correspondencia que debe existir entre lo aportado y lo que el sistema le retorna, asegurando a su la sostenibilidad financiera del mismo.

En cuanto al alcance de la normatividad, como viene de comentarse, la sentencia de unificación 5 de abril del 2018 (**SU – 023 de 2018**), consideró que el listado contenido en el artículo ibídem tiene carácter taxativo y por tanto no es admisible la inclusión de otros factores salariales, de acuerdo al principio de inescindibilidad de la norma.

En aplicación de lo expuesto en el presente asunto, se denota que el accionante no tiene derecho a que su mesada pensional se liquide tomando como base todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en la que adquirió el estatus de pensionado, sino solamente los factores que hayan servido de base para calcular los aportes y sin que difieran estos de la lista taxativa expuesta por el aludido artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

En virtud de lo anterior y una vez revisado el acervo probatorio, queda claro, que no es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales alegados por el actor, sino solamente con la inclusión del sueldo, prima de antigüedad y bonificación por servicios por servicios prestados , como factores salariales para la liquidación de la pensión, pues son factores salariales que se encuentran en el listado del artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, y -así mismo- se determinó que estos fueron debidamente cotizados, lo cual da razón suficiente para concluir que estos deben hacer parte del cálculo para la liquidación de la pensión del señor Miranda; así las cosas, se revocará la sentencia y en su lugar se negarán las pretensiones.

Si bien de conformidad con el marco normativo referenciado en el capítulo marco jurídico del recurso de apelación de esta providencia el juez solo debe resolver sobre los reparos de la sentencia realizadas en el recurso; no obstante, la jurisprudencia⁸ decantado que cuando la providencia de prima instancia va en contravía de los postulados de la jurisprudencia es deber del juez corregir la decisión, para mantener la seguridad jurídica.

En ese orden por ser esta una jurisdicción rogada, el operador judicial solo se limita a lo pretendido, por lo que por garantías procesales y en cumplimiento del debido proceso solo se deben negar las presiones de la demanda, pese a que el acto demandado contraria los preceptos legales y jurisprudenciales, pero en contra de las pretensiones del actor, por lo que simplemente se negarán.

Por lo expuesto, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad del acto demandado, y en su lugar, procederá a negar las pretensiones de la demanda.

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 de liquidación y ejecución previstos en los art. 365 y 366 Código General del Proceso.

Así las cosas, se concluye que en el presente caso se condenará al pago de costas a la parte accionante, toda vez que fue revocada en su totalidad la sentencia apelada.

DECISIÓN.

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02281-01 (AC) Actor: FRANCISCO JAVIER ISAZA VÉLEZ Demandado: TRIBUNAL AD

"[S]e advierte que (...) [el] Tribunal Administrativo de Cundinamarca le halló la razón al recurrente en lo que concerniente a la inclusión del sobresueldo como factor salarial de la liquidación pensional, no obstante, sin ser objeto de discusión, excluyó el quinquenio de esa liquidación, lo que a juicio de la Sala no constituye un desbordamiento absurdo del juicio jurídico de la autoridad judicial demandada (...) la Sala considera que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no desconoció el principio de non reformatio in peius, toda vez que el aplicar este de manera absoluta en el asunto en estudio significaría ordenar un reconocimiento pensional con inclusión de un factor salarial no amparado legalmente, **es decir, auspiciar una decisión administrativa que no se ciñe íntegramente al ordenamiento jurídico y que desconoce el precedente unificado de la Sección Segunda del Consejo de Estado, además que privilegia el interés particular del recurrente único** (...) el Tribunal ad quem, sí estaba facultado para excluir el quinquenio de la liquidación pensional [del actor], toda vez que, luego de realizar el estudio necesario para desatar la apelación -determinación de factores salariales para la liquidación pensional-, concluyó que ese factor salarial no remunera directamente el servicio y, además, fue reconocido de manera extralegal."

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia, proferida por el Juzgado Cuarto (04) Administrativo del Circuito de Cartagena; en su lugar **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte demandante, liquídense la primera instancia.

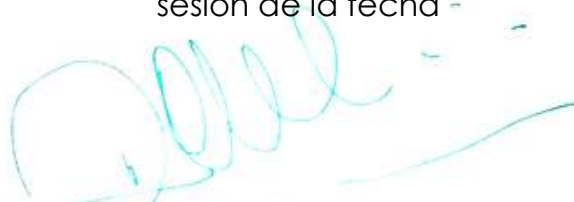
TERCERO: Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

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:

7482918b29a6239a4c0a3b273ab219d2e23957310d875dd481bf0f98f4f85702

Documento generado en 03/09/2020 07:11:26 a.m.