

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	13-001-33-33-004-2016-00153-01
Demandante	ELVIA MARTÍNEZ DE OYOLA
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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 31 de mayo del 2018, proferida por el Juzgado Cuarto 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 003442 del 29 de enero del 2010, mediante el cual se negó la reliquidación pensional y la del acto que reposa en la resolución RDP 014615 del 6 de abril del 2016, 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 base en todo lo devengado en el último año de servicios.

2.1.2. Hechos

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- A través de la resolución No. 17519 del 11 de marzo de 1993 la extinta Caja Nacional de Previsión Social reconoció al señor JULIÁN JOSÉ OYOLA RICARDO

una pensión post mortem y en el mismo acto declaro sustituta de dicha pensión a la cónyuge supérstite, es decir, la actora.

- La prestación fue reconocida con base en lo dispuesto en la ley 33 de 1985, es decir, aplicando el 75% sobre el salario promedio de 12 meses percibidos por el causante durante su último año de servicios.

- Se establecieron como factores salariales la asignación básica, prima de servicios, prima de navidad y subsidio de alimentación.

- No obstante no se incluyó la prima de vacaciones y ello determinó una variación en el promedio del salario calculado de los últimos 12 meses, dejando una diferencia mensual en la mesada para el año 1990 de \$9.343.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invoca como violadas la las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 50 y ss

- Ley 33 de 1985: artículo 3

- Ley 62 de 1985: artículo 1

- Sentencia de unificación del 4 de agosto del 2010 de radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), Sección Segunda. MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Asegura que la *ratio decidendi* precitada es aplicable para efectos de lo que se debe entender como factor salarial para la liquidación de las pensiones de jubilación anteriores a la ley 100 de 1993.

Aduce que la interpretación sobre factores salariales que hace el Consejo de Estado de la normativa anterior, específicamente de los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión es una interpretación que se le aplica al actor porque el no tener que verificar si está en el régimen de transición, se debe aplicar la interpretación más beneficiosa.

Que la sentencia del Consejo de Estado aludida establece cual es la posición que se debe tener en cuenta para efectos de los factores salariales con base en la ley 33 de 1985.

2.2. LA CONTESTACIÓN.

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

Respecto de lo fáctico afirmó que al momento de realizar la respectiva liquidación se reconocieron los factores sobre los cuales se realizaron los aportes, adicionando que la ley 62 de 1985, no contempla como factor a liquidar la prima de vacaciones.

Precisó que la peticionaria se pensionó bajo el régimen de la ley 33 de 1985 y en ese orden debe entenderse que a partir de la vigencia de la citada ley, la liquidación de las pensiones debe efectuarse de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante fallo proferido el 31 de mayo del 2018, el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda resolviendo lo siguiente (se transcribe en parte):

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de las resoluciones N° RDP 003442 del 29 de enero de 2016 y RDP 014615, por medio de las cuales la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP -, niega la solicitud de reliquidación pensional elevada por el demandante y resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la precitada, respectivamente.

*SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP -, la reliquidación de la pensión de la demandante, señora ELVIA MARTÍNEZ DE AYOLA, en cuantía equivalente al 75% que habrá de aplicarse sobre el promedio salarial del último año de servicios del causante, señor JULIAN JOSÉ OYOLA RICARDO, el cual se habrá de incluir la totalidad de los factores salariales devengados en este último año, **con inclusión de la prima de vacaciones.***

PARAGRAFO: en cuanto a los factores devengados una vez al año, la liquidación no será tenida en cuenta en un porcentaje del 100%, por lo que para efectos pensionales deberán ser reconocidas en una doceava parte de su valor

(....)”

Argumentó que la reliquidación de la pensión en el caso concreto debió efectuarse acorde con lo normado en la ley 33 de 1985 y 62 de 1985, es decir teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Tuvo además en cuenta el concepto de salario referido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto del 2010 de la que fue ponente el Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el entendimiento que este corresponde a todas aquellas suma que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.

Sostuvo que la actora adquirió el status pensional el 2 de febrero de 1991, luego le es aplicable las disposiciones de la ley 33 de 1985 y el momento en que se le reconoció la pensión no se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, como en efecto debió operar.

2.4. RECURSO DE APELACIÓN.

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.

Asegura que dicho artículo no incluye como factores salariales la prima de vacaciones.

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 la sentencia C – 258 del 7 de mayo del 2013, respecto de la aplicación del régimen de transición creado por la ley 100 de 1993, 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. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de

superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

“Art. 320. Fines de la apelación. *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.*”

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

3.3 Problema jurídico.

El *a quo* se 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, dados los límites fijados por el recurso de alzada, 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.

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, entendiéndose 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**, dentro de los que no se encuentra la prima de vacaciones demandada.

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 1º 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 1º de la aludida ley 62 de 1985, entre los que no se encuentra el reclamado en la demanda (prima de vacaciones).

Así las cosas, decantado como esta que el factor “prima de vacaciones” invocado en la demanda, no es factor salarial comprensivo de IBL, según las normas aplicables al asunto particular, cualquier disquisición adicional deviene inocua, puesto que, evidentemente, no tiene derecho la actora a que dicho factor sea tenido 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 el factor invocado en la demanda (prima de vacaciones) deba conformar el ingreso base de liquidación.

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:

9fdf3c0d6cbdb0e9b4234dad06e848694efd1f854231cfabd1169846895c5e7

Documento generado en 25/11/2020 02:11:42 p.m.

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