

Cartagena de Indias D. T. y C, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00174-01
Demandante	AYDEE VERGARA POLO
Demandado	DEPARTAMENTO BOLÍVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
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 demandante contra la sentencia dictada en la audiencia celebrada el 25 de abril del 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.

2.1. LA DEMANDA.

2.1.1. Pretensiones.

Se pretende la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución 1326 del 20 de diciembre del 2015, mediante el cual se negó la reliquidación pensional.

Como pretensión consecuencial se invocó la reliquidación pensional de la actora a partir del 5 de marzo del 2003, en cuantía del 75% del salario promedio mensual devengado el ultimo año de servicios incluyendo todos los factores salariales devengados, como lo son: asignación básica, prima técnica, prima de alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicio, bonificación especial de recreación , prima de antigüedad, auxilio de transporte, subsidio de alimentación y cualquier otro valor devengado que constituya factor salarial.

2.1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- El Departamento de Bolívar – Fondo Territorial de Pensiones, mediante resolución número 3868 del 2001 le reconoció pensión de jubilación a al accionante de conformidad con la ley 33 de 1985.
- Para liquidar la pensión se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, bonificación por servicio, prima de vacaciones, bonificación de recreación y adicional, en cuantía de \$317.984 para el año 1999.
- Mediante resolución 2332 del 29 de diciembre del 2003, la demandada ordenó el pago de la mesada pensional fijando el monto en \$ 438.112 para el año 2003.
- Mediante resolución número 1326 del 15 de diciembre del 2015, la accionada, en virtud a que se acreditó el retiro del servicio, procedió a realizar la reliquidación de la pensión con base en el último año de servicio.
- La pensión fue liquidada aplicando la ley 33 de 1985, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, ni el monto correcto.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invoca como violadas la las siguientes normas:

- Ley 100 de 1993: artículo 36
- Ley 33 de 1985: artículos 1 y 3
- Ley 62 de 1985: artículo 3

Asegura que la resolución cuya nulidad cuya resolución se solicita vulnera el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por cuanto considera que a la actora la cobija la ley 33 de 1985 por ser beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993, a sabiendas que eso no es cierto, ya que la demandante adquirió su derecho pensional antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, por lo que la norma a aplicar es la ley 33 de 1985.

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 contemplado en la normatividad aplicable, esto es, la ley 33 de 1985.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante fallo proferido el 25 de abril del 2018, el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, negó las suplicas de la demanda, defendiendo la siguiente tesis:

"Viendo las pruebas obrantes en el expediente se observa que la señora AYDEE VERGARA POLO, se le reconoció la pensión de jubilación mediante la resolución 3868 del 2001 (ver folio 22) y en ella no se habían tenido en cuenta todos los factores salariales; no obstante una vez la actora hizo la reclamación a la entidad demandada, mediante la resolución No. 1326 del 16 de diciembre del 2015, se reliquidó su pensión de vejez y se le pagaron una diferencias pensionales (ver folios 35-40) donde se incluyeron todos los factores que la señora VERGARA POLO devengó durante el último año de servicio (ver certificación folio 31 a 33) ; aun así la actora insiste en que no se incluyeron todos los factores salariales pero no señala cuales no se le incluyeron de los que haya devengado; lo que si observa el despacho es que la Resolución 1326 del 2015, fue emitida bajo la ley 33 de 1985 y con os factores salariales señalados en la ley 62 de 1985, por lo tanto es dable concluir que las pretensiones de la demanda no tiene vocación de prosperidad"

2.4. RECURSO DE APELACIÓN.

Insiste en la nulidad del acto acusado, entendiendo que se 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.

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.

Lo anterior por cuanto, la resolución atacada solo tuvo en cuenta como factores salariales los señalados en la ley 62 de 1985, por lo que solo

incluyeron la asignación básica, la prima técnica y la bonificación por servicio, dejando por fuera otros que la actora devengó, como la prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad.

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.

La censura sostiene, aun cuando el fallo se fincó en la carencia de pruebas respecto a los factores salariales devengados y no incluidos, que se debe aplicar 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 solicitada, o si debe imperar el criterio de taxatividad acogido por la demandada a la luz de la ley 62 de 1985, con base en el cual liquido la pensión.

3.4. Tesis

Se CONFIRMARÁ 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) si 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.

De entrada se descarta que se trate de una pensión otorgada bajo el amparo del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 sino, como bien fue aceptado en la censura, con base en la ley 33 de 1985.

Así pues, en el *sub lite*, 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 encuentran, la prima de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de servicios, la prima de vacaciones, ni la prima de navidad que se deprecian en la censura.

Así las cosas, decantado como esta que esos rubros no constituyen factores salariales comprensivos de IBL, según las normas aplicables al asunto particular, cualquier disquisición adicional deviene inocua, puesto que, evidentemente, no tiene derecho la actora a que dichos 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, 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 los factores deprecados en la demanda deban conformar el ingreso base de liquidación.

Por lo anterior se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, dado que no se desquició la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

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 condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en esta instancia por haber sido confirmada en su totalidad la sentencia apelada y no prosperar la alzada, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las misma las agencias en derecho, en aplicación del 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: CONFÍRMASE la sentencia apelada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas en segunda instancia a la parte demandante; liquídense en primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: 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 estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Ausente con permiso¹
JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Firmado Por:

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

¹ Resolución 051 del 9 de noviembre de 2020, por medio de la cual se concede permiso.

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:

6c9026b6c225b1767dc717460894a347f843c3be465c1e1db43cf5764b97b60d

Documento generado en 23/11/2020 11:27:54 a.m.

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