Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2018-00306-00
Demandante	HELDA OLIVO DÍAZ
Demandado	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP
TEMA	Reliquidación pensión de vejez/régimen de transición
Magistrada Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a dictar sentencia dentro del proceso promovido por la señora Helda Olivo Díaz contra la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES[1]

PRIMERA: Se declare la NULIDAD de las Resoluciones RDP 032410 del 16 de mayo de 2017, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión y la RDP 040775 del 26 de octubre de 2017, por medio de la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto y se resolvió de manera negativa el recurso

[1] Fl. 10.

de apelación presentado contra la decisión que negó la reliquidación pensional.

SEGUNDA: Como Consecuencia de la nulidad de los actos demandados, solicita que se reliquide la pensión de vejez de la señora Helda Olivo Díaz, teniendo en cuenta el régimen de transición que le es aplicable, según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

TERCERA: Que en dicha reliquidación se incluyan los factores salariales establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

CUARTA: Que se reliquide el monto de la pensión de vejez correspondiéndole el 82% por tener 1372 semanas cotizadas.

QUINTA: Se ordene reconocer y pagar las sumas de dinero dejadas de recibir por la diferencia que surja entre lo reconocido en la pensión y la reliquidación.

SEXTO: Que la suma resultante se actualice conforme el IPC. Que en caso de mora se ordene el reconocimiento y pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

3.1.2. HECHOS[2]

Que mediante Resolución No. 0002176 del 6 de marzo de 1999, Cajanal le reconoció a la señora Helda Olivo Díaz, una pensión vitalicia de vejez. El ingresó a nómina se dejó en suspenso hasta tanto se demostrará el retiro del servicio.

Se estableció en dicho acto que el número de semanas cotizadas fue de 1.263, un ingreso base de liquidación de $851.595, tasa de reemplazo de 75% y una mesada pensional por valor de $638.696.

Que el día 8 de enero de 2002 solicitó la reliquidación de su pensión, con la inclusión de otros factores salariales. Cajanal, mediante la Resolución 00140 del 13 de enero de 2003, reliquidó la pensión, ordenando el pago a partir del 1 de julio del año 2000. Estableció un ingreso base de liquidación equivalente

[2] Fl. 1-2

a $1.126.261,02, una tasa de reemplazo del 75% y una mesada por valor de $844.695.

Por considerar que no se tuvo en cuenta lo devengado en el último año de servicio, el día 4 de mayo de 2017 solicitó nuevamente la reliquidación de su pensión, bajo los parámetros establecidos en la Ley 33 de 1985 y el Acuerdo 049 de 1990.

Mediante la Resolución RDP 032410 del 16 de agosto de 2017, la UGPP negó la solicitud de reliquidación, aduciendo que del régimen anterior solo era posible aplicar lo concerniente a tiempo de servicio, edad y tasa de reemplazo. Esta decisión fue confirmada a través de la Resolución RDP 040775 del 26 de octubre de 2017.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia; Artículos 1 y 3 de la Ley 33 de 1985, articulo 1 de la Ley 62 de 1985, Ley 57 y 153 de 1988, artículos 36 y 22 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990.

Sostuvo que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía mas de 35 años de edad y 1000 semanas cotizadas, por lo que le es aplicable lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y no el promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

Conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, se le deben incluir en la liquidación de la pensión lo devengado por concepto de asignación básica, bonificación por servicios, primas de servicios, de vacaciones y de navidad.

Por otro lado, solicitó que se le aplicara lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP[3]

[3] Fl. 66-76.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la pensión de la accionante se liquidó conforme lo prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al ser beneficiaria del régimen de transición.

Propuso como excepciones propuso la prescripción, inexistencia de la causa petendi, cobro de lo no debido, falta de derecho para pedir y buena fe.

3.3. TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Por medio de auto de fecha 17 de julio de 2018, se admitió la demanda (fl. 58-59). La audiencia inicial se realizó el día 18 de febrero de 2020 (fl. 109-112).

3.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante indicó que a la señora Helda Olivo se le debía reliquidar su pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio (fl. 119-131).

La UGPP solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda, aduciendo que la pensión del accionante se liquidó de conformidad con el régimen más favorable y aplicando todos los factores salariales sobre los que cotizó. En lo concerniente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, indicó la improcedencia de aplicarlo porque la accionante no es destinataria de dicha norma (fl. 132-138).

3.6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

No emitió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de la primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procederá a dictar la respectiva sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente el Tribunal Administrativo de Bolívar para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. ASUNTO PREVIO

Conforme lo dispone el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.

En el presente caso, no se seguirá el turno correspondiente de sentencia, en atención a la naturaleza del proceso y a los precedentes jurisprudenciales que permiten adoptar una decisión de fondo frente al derecho pensional reclamado.

3. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo estudio se tiene que el curso de la audiencia inicial se plantearon los siguientes interrogantes:

¿Se debe o no declarar la nulidad de la Resolución RDP 032410 del 16 de mayo de 2017 que niega la reliquidación de la pensión y la Resolución RDP 040775 del 26 de octubre de 2017, por medio la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión inicial que negó la reliquidación de la pensión?

Para resolver este planteamiento, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos subsidiarios:

¿Para liquidar la pensión de jubilación de la accionante, debe entenderse que el régimen de transición comprende la totalidad de los elementos contemplados en la Ley 33 de 1985 o por el contrario solo es pertinente tener en cuenta lo dispuesto con relación a la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo?

¿Qué factores salariales se debieron tener en cuenta para liquidar la pensión de la accionante como beneficiaria del régimen de transición?

¿Si en virtud del principio de favorabilidad, la demandante tiene derecho a que se le aplique la tasa de reemplazo que establece el Acuerdo 049 de 1990 y si para ello es necesario que renuncie al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

En caso de que la reliquidación de la pensión, la Sala establecerá:

¿Si ha operado o no la prescripción de mesadas?

4. TESIS

La Sala determinará que la demandante como beneficiario del régimen de transición, solo se le debe aplicar del régimen pensional anterior, lo concerniente a la edad, tasa de reemplazo y tiempo de servicio, pero no, lo que concierne al ingreso base de liquidación y los factores salariales.

Por consiguiente, se establecerá que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todo lo devengado en el último año de servicio. No obstante, en torno al segundo problema jurídico, se señalará que la demandada no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales hay evidencia que los devengó.

Con relación al último planteamiento, se determinará que a la demandante no puede aplicársele lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 en torno a la tasa reemplazo, porque para ello es necesario que en virtud del principio de inescindibilidad normativa, renuncie a la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de1993.

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.5.1.1. Principios.

La Sala, para la resolución del caso concreto, dará aplicación a los siguientes principios: i) igualdad en la aplicación de la ley, que exige tratar de manera igual situaciones análogas a partir de la Unificación de la jurisprudencia de las altas Cortes; (ii) seguridad jurídica, (iii) rigor judicial y coherencia en el sistema jurídico.

Con fundamento en ellos, realiza la subsunción del asunto en el precedente contenido en las Sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-631 de 2017, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017; el que, a su vez, concuerda en lo fundamental, con la decisión reciente de Unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018.

Ambas Corporaciones, recalcaron que, a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación se calcula con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem y los factores a tener en cuenta son aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema de Pensiones.

5.5.1.2. Régimen de transición pensional en el Sistema General de Pensiones

Con anterioridad a la Ley 100 de 1993 el legislador fijó requisitos y condiciones para acceder a la pensión de jubilación, entre otras disposiciones, en la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990.

Sin embargo, la Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

> *"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. (...)*".

El régimen de transición creado por la referida ley ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se siguieran rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados o al que les resultara más beneficioso.

En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010 o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigor de dicho Acto Legislativo.

En resumen, la transición debe entenderse como una prerrogativa que estableció el legislador a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones – 1° de abril de 1994 nivel nacional o 30 de junio de 1995 nivel territorial, tuvieran 35 años o más para el caso de las mujeres, 40 años, o más para el caso de los hombres, o 15 años o más de servicio, se le aplicaría el régimen anterior al que se encontraban afiliados. No obstante, como más adelante se va a determinar, del régimen anterior, sería aplicable únicamente lo concerniente a la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo.

5.5.1.3. Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición.

Respecto a esta temática, referida a la incidencia del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es de precisar que fueron distintas las posturas que asumieron en torno a los aspectos que comprendía la aplicación de la transición pensional.

Así pues, en lo que atañe a la jurisdicción contenciosa administrativa, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010[4], hizo un análisis del ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa, y con ponderación de los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, de las finanzas públicas en armonía con los derechos laborales y del concepto de salario.

En tal sentido, sentó como tesis en relación con el periodo e ingreso base de liquidación de esas pensiones que se debía liquidar en el 75% de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios.

Esta tesis se consolidó desde entonces con el transcurso del tiempo, tornándose como regla general. No obstante y ante el cisma de la unidad interpretativa presentada entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, entre sus Secciones y los Tribunales Administrativos; mediante sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, la Sala Plena del Consejo de Estado, nuevamente analizó la temática y, concluyó que: 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 y 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 ingreso base de liquidación previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

La regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue la siguiente:

> ***«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».***

Y como subreglas, se plantearon las siguientes:

---

[4] Radicado: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

> ***(i) "La primera subregla*** *es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*
> *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
> *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE."*[5]
> *(ii)·"* ***La segunda subregla*** *es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones "*[6].

Sobre los factores, **el Decreto 1158 de 1994** establece lo siguiente:

> "**ARTICULO 1.** El artículo 6 del Decreto 691 de 1994, quedará así:
>
> *"Base de Cotización".*
>
> El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:
>
> a) La asignación básica mensual;
> b) Los gastos de representación;
> c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
> d) Las primas de antigüedad, ascensional y 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".

5.5.1.4 Efectos de la sentencia de unificación.

---

[5] Consejo de Estado. Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01
[6] Ibídem.

Estableció la Sala Plena del Consejo de Estado que las reglas jurisprudenciales fijadas en dicho pronunciamiento se deben acoger de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

5.6. CASO CONCRETO

5.6.1. Hechos relevantes probados

5.6.1.1. La señora Helda Olivo Díaz nació el 13 de marzo de 1942 (fl. 14).

5.6.1.2 Por medio de la Resolución 002176 del 5 de marzo de 1999, se le reconoció una pensión de vejez por valor de $638.696, efectiva a partir del 1 de mayo de 1998, pero se sujetó el pago hasta el retiro definitivo del servicio. En el acto de reconocimiento se estableció que la señora Helda Olivo adquirió el estatus el 13 de marzo de 1997, que laboró un total de 9.025 días y se liquidó la pensión conforme lo cotizado por concepto de asignación básica y bonificación por servicios prestados durante los años 1994 hasta 1998 (fl. 15-18).

5.6.1.3 A la demandante mediante la Resolución 012309 del 15 de mayo de 2001, se le reliquidó la pensión de vejez, incluyendo lo cotizado por asignación básica y bonificación de servicios desde el año 1994 hasta el 30 de junio 2000. Es decir, lo hizo extensito hasta el último año de servicio de la accionante. Se estableció un monto de la pensión por valor de $838.460,99 efectivos a partir del 1° de julio de 2000 (Fl. 21-22).

5.6.1.4 Mediante la Resolución 00140 del 13 de enero de 2003 se le reliquidó nuevamente la pensión, estableciendo un valor de $844.695,77. El IBL se calculó conforme lo cotizado por asignación básica y bonificación de servicios desde el año 1994 hasta el 30 de junio 2000, la diferencia estuvo en que se aumentó el valor de lo devengado en el último año (fl. 23-26).

5.6.1.5 La señora Helda Olivo Díaz, laboró desde 4 de abril de 1974 hasta el 30 de junio de 2000, como odontóloga al servicio del Distrito de Cartagena-Departamento Administrativo de Salud (fl. 27). No obstante, en el formato No. 1 del Ministerio de Hacienda la accionante registra que empezó a laborar y cotizar en la Secretaría de Salud Departamental en los siguientes periodos: i) 3

de mayo de 1967 hasta el 8 de mayo de 1968 (1 año y 5 días), ii) 6 de abril de 1973 hasta el 30 de mayo de 1973 (1 mes y 24 días) (fl. 31).

5.6.1.6 Por medio de la Resolución RDP 032410 del 16 de agosto de 2017 la UGPP negó la solicitud de reliquidación pensional presentada por la accionante el día 4 de mayo de 2017 (fl. 38-49). A través de la Resolución RDP 040775 del 26 de octubre de 2017 se confirmó lo decidido en la Resolución RDP 032410 del 16 de agosto de 2017 (fl. 50-54)

5.6.1.7 En el archivo identificado con el número 39 del expediente administrativo aportado por la demandada, se evidencia una certificación emanada del Departamento Administrativo de Salud Distrital, en el cual se indica los factores que devengó y los descuentos de ley que se enviaron en su momento a Cajanal durante los periodos que van desde el año 1994 hasta el 2000. Se indicó que la demandante en esos años devengó sueldo básico, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación por recreación y bonificación por antigüedad.

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

De acuerdo con las reglas que estableció la Sala Plena del Consejo de Estado en torno al ingreso base de liquidación en el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, se procede a emitir pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones formuladas por el demandante, en las que solicita esencialmente que se reliquide la pensión de vejez con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicio, conforme lo estipula la Ley 33 de 1985.

Precisado lo anterior, en el presente caso está probado que la demandante nació el 13 de marzo 1942, por lo cual, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993[7], tenía 53 años de edad y tenía más de 20 años de servicios, lo que indica que cumplía con el presupuesto de edad y tiempo de servicio para ser beneficiario del régimen de transición que se consagró en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Está demostrado que la accionante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía cumplido el tiempo de servicio, faltándole únicamente la edad para acceder a la pensión conforme lo prevé la Ley 33 de 1985. La

[3] 30 de junio de 1995, por ser empleada territorial.

demandante alcanzó dicho estatus el 13 de marzo de 1997, fecha en la cumplió 55 años de edad.

Primer Problema jurídico: *¿Para liquidar la pensión de jubilación de la accionante, debe entenderse que el régimen de transición comprende la totalidad de los elementos contemplados en la Ley 33 de 1985 o por el contrario solo es pertinente tener en cuenta lo dispuesto con relación a la edad, ¿tiempo de servicio y tasa de reemplazo?*

Que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, significa que se le debía aplicar del régimen anterior- ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, etc-, únicamente en lo concerniente al tiempo de servicio, edad y tasa de reemplazo, puesto que, el ingreso base de liquidación, debía calcularse conforme el promedio de **lo cotizado en el tiempo que le hiciera para falta para adquirir el derecho**- si el término fuera menor a 10 años- o el promedio de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional. También podrá tenerse en cuenta el promedio de todo lo cotizado en la historia laboral, siempre y cuando acredite 1250 semanas cotizadas (artículo 21 de la Ley 100 de 1993); caso en el cual tendrá una tasa de reemplazo conforme a las previsiones de la Ley 100/93.

Como a la demandante se le aplicó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se deben seguir la regla y subreglas previstas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena de la Corporación,[8] es decir, que el IBL debe establecerse en los términos del inciso 3.º del artículo 36 o del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales con fundamento en el Decreto 1158 de 1994.

En ese orden se tiene que la entidad demandada en la Resolución 00140 del 13 de enero de 2003, reliquidó la pensión del accionante aplicando lo cotizado durante desde el 1 de abril de 1994 hasta el 30 de junio del año 2000, fecha en la que se retiró del servicio.

Por lo tanto, como respuesta al primer problema jurídico planteado, se precisa que, a los beneficiarios del régimen de transición, se debe calcular el IBL conforme lo prevé el artículo 36 o el 21 de la Ley 100 de 1993 y no conforme el promedio de lo devengado en el último año de servicio, como lo pretende la accionante.

[8] Consejo de Estado. Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01

En tal sentido, es dable considerar que le asiste razón a la entidad demandada al aplicarle a la demandante el promedio de lo cotizado desde el 1 de abril de 1994 hasta el 30 de junio de 2000, fecha en que se retiró del servicio. Incluso se puede decir que la demandada tomó más del tiempo del que debía, debido a que a la accionante le hacía falta para pensionarse a 30 de junio de 1995, un año y ocho meses.

Segundo problema jurídico: *¿Qué factores salariales se debieron tener en cuenta para liquidar la pensión de la accionante como beneficiaria del régimen de transición?*

En lo concerniente a los factores salariales que se deben incluir en la liquidación de la pensión, la Sala aplicará la segunda subregla fijada en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, entendiendo que en principio los factores salariales con los que se debe calcular el ingreso base de liquidación- IBL, son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994, salvo que se pruebe que cotizó al sistema sobre factores distintos a los señalados en el citado decreto.

En el expediente administrativo que fue apoderado por la UGPP, consta un certificado de salarios emitido por la entidad donde laboraba la accionante, en el que se determinan los factores que devengó y los descuentos de ley que se enviaron en su momento a Cajanal durante los periodos que van desde el año 1994 hasta el 2000. Se indicó que la demandante en esos años devengó sueldo básico, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por recreación y la bonificación por antigüedad (años 1994, 1996, 1997, 1998, 1999 y 2000).

De estos factores se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, la asignación o sueldo básico, bonificación por servicios y prima de antigüedad.

En lo relacionado con los aportes a pensión, se establece que a la accionante le aplicaron los siguientes descuentos:

Año 1994: 0
Año 1995: 17.786
Año 1996: 20.987
Año 1997: 7.773
Año 1998: 31.093

Año 1999: 35.902
Año 2000: 39.216

La UGPP incluyó en la pensión de la accionante lo devengado por concepto de sueldo básico y bonificación por servicios, pero no incluyó la bonificación por antigüedad.

Con relación a la bonificación por antigüedad[9], se considera que también debe ser incluida en la liquidación de la pensión, por cuanto está descrita en el Decreto 1158 de 1994.

Desde el momento en que se profirió la sentencia de unificación la Sala de Decisión de este Tribunal en garantía del principio de favorabilidad e indubio pro operario, ha acogido la tesis de que se deben incluir los factores salariales que se encuentren enlistados en el Decreto 1158 de 1994, siempre que este probado que los devengó.

En consecuencia, como respuesta a este segundo planteamiento, se concluye que a la demandante se le debe reliquidar la pensión con la inclusión de la bonificación por antigüedad. Luego entonces, si bien no procede la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicio, si es procedente que conforme la segunda sub regla establecida en la citada sentencia de unificación del Consejo de Estado, se incluyan factores salariales que devengó la demandante durante el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho.

Tercer problema jurídico: *¿Si en virtud del principio de favorabilidad, la demandante tiene derecho a que se le aplique la tasa de reemplazo que establece el Acuerdo 049 de 1990 y si para ello es necesario que renuncie al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?*

La demandante solicita que se le reliquide la pensión, en la que se aumente la tasa de reemplazo en un porcentaje de 82% por tener 1372 semanas cotizadas. Para tal efecto, solicita que se aplique lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

La Sala no accede a la petición, porque la demandante no es beneficiaria de las disposiciones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado a través

[9] Si bien el Decreto 1158 de 1994 se refiere al concepto de prima, para la Sala ambas denominaciones tienen un mismo fin. El cual se creó como un estímulo para promover la permanencia en el servicio al Estado por parte de los empleados públicos. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2019, radicado: 2893-14.

del Decreto 758 de 1990, en tanto que, esta norma tiene como destinatario el sector privado y excepcionalmente los empleados públicos que hubieren realizado cotizaciones al ISS y la demandante cotizó todo el tiempo laborado ante la Caja de Previsión Social, es decir, que no se encontraba en ninguno de los supuestos previstos por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990.

Además que en virtud del principio de inescindibilidad, no es posible aplicar parcialmente, o a medias, los requisitos de un régimen u otro, sino que es necesario que se aplique en su integridad.

Con fundamento en lo anterior, la Sala precisa que el reconocimiento de la pensión de la señora Helda Olivo Díaz, bajo el régimen de transición, se ajustó a derecho, teniendo en cuenta que el IBL de los beneficiados del régimen de transición no se calcula teniendo en cuenta lo devengado en el último año, sino conforme lo dispuesto en el artículo 36 y 21 de la Ley 100 de 1993. En cuanto a los factores que se deben tener en cuenta, se debe aplicar lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994.

-Conclusión:

Se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones RDP 032410 del 16 de mayo de 2017, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión y la RDP 040775 del 26 de octubre de 2017, por medio de la cual se resolvió de manera negativa el recurso de apelación presentado contra la decisión que negó la reliquidación pensional. Como consecuencia de ello, se ordenará incluir en la liquidación de la pensión lo devengado por concepto de bonificación por antigüedad de acuerdo al periodo liquidado.

Se declaran prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 4 de mayo de 2014, dado que la solicitud de reliquidación se radicó el 4 de mayo de 2017 (fl. 46).

Al monto de la condena que resulte, se le aplicarán los ajustes de valor, mes por mes, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En caso de no haberse hecho deducciones por los factores cuya inclusión se dispone, se le ordenará a la UGPP, que proceda a efectuar los respectivos descuentos por concepto de aportes a pensión con el fin de garantizar la sostenibilidad del sistema y en consideración a que era obligación del empleador efectuar tales descuentos, lo cual no puede atribuírsele al trabajador en su desfavor.

5.7. Costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*".

Con fundamento en la integración normativa que dispone el citado artículo 188 del CPACA, es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, cuya disposición dispone en el numeral 1° que 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. Pero también, el numeral 5 de ese mismo artículo dispone que "*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*".

En el caso bajo estudio, bajo un criterio de equidad la Sala no impondrá condena en costas, porque se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones RDP 032410 del 16 de mayo de 2017, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión y la RDP 040775 del 26 de octubre de 2017, por medio de la cual se resolvió de manera negativa el recurso de apelación presentado contra la decisión que negó la reliquidación pensional.

SEGUNDO: Como restablecimiento del derecho, se ordenar incluir en la liquidación de la pensión lo devengado por concepto de bonificación por antigüedad de acuerdo al periodo liquidado.

TERCERO: Se declaran prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 4 de mayo de 2014, dado que la solicitud de reliquidación se radicó el 4 de mayo de 2017 (fl. 46).

CUARTO: Al monto de la condena que resulte, se le aplicarán los ajustes de valor, mes por mes, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la fórmula señalada en la motivación de esta sentencia.

QUINTO: En caso de no haberse hecho deducciones por los factores cuya inclusión se dispone, se le ordenará a la UGPP, que proceda a efectuar los respectivos descuentos por concepto de aportes a pensión con el fin de garantizar la sostenibilidad del sistema.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: No condenar en costas, conforme las razones expuestas en la parte considerativa.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado