

Cartagena de Indias D. T. y C, veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Laboral
Radicado	13-001-33-33-010-2019-00006-01
Demandante	Emilse San Juan Arango
Demandado	UGPP - Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales
Tema	<i>Reliquidación pensional</i>
Magistrada Ponente	Marcela De Jesús López Álvarez

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.

2. La demanda.

2.1 Pretensiones

Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos, Resoluciones N° RDP 028737 17 de julio de 2018 y N° RDP 040010 de 03 de octubre de 2018, mediante la cual la entidad accionada negó la solicitud de la reliquidación de pensión presentada por la demandante

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene la reliquidación de pensión de vejez del actor a partir de 1 de julio de 2009, en cuantía del 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio incluyendo todos los factores salariales, y a realizar el reajuste sobre el monto inicial de la pensión reconocida, conforme el IPC o el artículo 187 del CPACA. O subsidiariamente en cuantía del 75% del salario promedio mensual devengado durante los últimos 10 años de servicios incluyendo todos los factores salariales también devengados.

Adicionalmente condenar a la entidad demandada a pagar las mesadas atrasadas desde la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina.

Reconocer y pagar intereses de mora sobre las sumas adeudadas, a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 192 del CPACA.

2.2. Hechos

A través de la Resolución número 10211 del 7 de mayo de 2008 se reconoció pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pagaderos a partir de 1 de mayo de 2007 y aplicó una tasa de remplazo de 79.32% al tener 1681; esta quedó en suspenso hasta el retiro definitivo, que se dio el 01 de julio de 2009.

Que el 15 de octubre de 2009 se radicó solicitud de reliquidación, y mediante Resolución No PAP 013163 de 13 de septiembre de 2010 fue concedido aumentando la cuantía.

Nuevamente se radica solicitud de reliquidación de la pensión, pero esta vez mediante Resolución No. 35845 de 26 de septiembre de 2016 la UGPP negó dicha solicitud

Posteriormente el 2 de mayo de 2018 se radica una nueva solicitud de reliquidación de pensión la cual mediante Resolución No RDP 028737 de 17 de julio de 2018 expedida por la UGPP es negada, y dicha decisión es confirmada en su totalidad por la Resolución No RDP 040010 de 03 de octubre de 2018 expedida por UGPP que resolvió el recurso de apelación.

2.3. Normas violadas

- Constitucionales: artículos 48, 49, 53, 58 y 150.
- legales: Ley 33 de 1985, ley 100 de 1993.

2.4. Concepto de violación.

Expone el actor que la conducta de no proceder al reconocimiento de la reliquidación pensional, viola los derechos consagrados en las normas anteriores.

3. La contestación.

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

Sostiene en su defensa que esta procedió a reliquidar la prestación de la demandante en debida forma de acuerdo a los postulados legales y jurisprudenciales vigentes gozando dichas decisiones del principio de legalidad que se deberá declarar y mantener.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones alegando que al ser beneficiaria la actora del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el ingreso IBL será el contemplado en el inciso tercero de dicha ley, en consecuencia, el IBL se conformará teniendo en cuenta el tiempo faltante para adquirir el estatus, contabilizando a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 que fue precisamente lo realizado por la demandada.

Y que solo los factores que hayan sido incluidos como tal en el art. 1 del Decreto 1158 de 1994 y que hayan sido devengados por la actora serán tenidos en cuenta siempre y cuando los mismos hayan sido objeto de descuentos por aportes para pensión, no con la inclusión de la totalidad de los factores devengados en ese lapso, tal y como lo pretendía la parte actora; adicionalmente por el principio de favorabilidad se mantendrá la tasa superior al 75% el cual fue reconocido por vía gubernativa

5. Recurso de apelación.

5.1. Parte demandante.

EL apoderado de la parte demandante aduce como reparo en concreto que, el juez erró toda vez que se debía reliquidar la pensión con todos los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicios tal y como lo señala el art 21 de la ley 100; ya que la actora es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de dicha norma

6. Alegatos de segunda instancia.

No fue necesario decretar pruebas por lo que no se presentaron

6.1. 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 los arts. 320 y 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.

Se contraerá a establecer si debe revocarse o no la sentencia apelada, al determinar si la actora, tiene derecho a la reliquidación de su pensión mensual de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicios.

4.4. Tesis.

Se confirmará la sentencia de primera instancia, debido a que no encuentran razones para incluir los factores que no fueron tenidos en cuenta dentro de la reliquidación de la pensión

4.5. Marco normativo y jurisprudencial.

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.

- 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 93² 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 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:

² "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..."

"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)³ 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 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)⁴ de 23 de septiembre de 2019, ratificó 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.

³ **Referencia:** Nulidad y restablecimiento del derecho, **Radicación:** 13001233300020130006802 (2643-2015), **Demandante:** Reynold Rodríguez Martínez, **Demandada:** Servicio nacional de aprendizaje.

⁴ 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.

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 realizaron los 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 de Emilse San Juan Arango, 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 la demandante acreditó la edad y tiempo; 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.

La controversia suscitada sugiere entonces, descartando de entrada que efectivamente la actora es beneficiaria del Régimen de Transición (pues no es asunto sometido al debate), dilucidar si el ingreso base de liquidación en el caso particular debe comprender todas las prestaciones de los 10 años de servicios devengados.

Se tiene entonces que, mediante la Resolución número No 10211 del 7 de mayo de 2008 se reconoció pensión de vejez, efectiva a partir de 01 de mayo de 2007, fecha en que fue desvinculada del servicio

Que el 15 de octubre de 2009 se radicó solicitud de reliquidación, la cual mediante Resolución No PAP 013163 de 13 de septiembre de 2010 fue concedido aumentando la cuantía

Nuevamente se radica solicitud de reliquidación de la pensión, pero esta vez mediante Resolución No 35845 de 26 de septiembre de 2016 la UGPP negó dicha solicitud.

Posteriormente el 2 de mayo de 2018 se radica una nueva solicitud de reliquidación de pensión la cual mediante Resolución No RDP 028737 de 7 de julio de 2018 expedida por la UGPP es negada, y dicha decisión es confirmada en su totalidad por la Resolución No RDP 04010 de 3 de octubre de 2018 expedida por UGPP que resolvió el recurso de apelación

Se tiene que dentro del IBL para la pensión de la demandante, se tuvieron en cuenta factores salariales como **asignación básica, bonificación por servicios prestados, horas extras**, dejando a un lado la prima de vacaciones, auxilio de alimentación, y auxilio de transporte

Por su parte, el juez de primera instancia, negó las pretensiones de la demanda, ya que al ser beneficiaria la actora del régimen de transición de la ley 100, su IBL sería el contemplado en el inciso tercero del artículo 36 y el artículo 21 de dicha ley, en consecuencia, el IBL, se conformará teniendo en cuenta los 10 últimos años de servicios, o el tiempo que le faltare para adquirir el derecho, con base en las subreglas fijadas por el Consejo de Estado

Y que solo los factores que hayan sido incluidos como tal en el art. 1 del Decreto 1158 de 1994 y que hayan sido devengados por la actora serán tenidos en cuenta siempre y cuando los mismos hayan sido objeto de descuentos por aportes para pensión

Al respecto, sobre los factores salariales que se deben incluir en el IBL en el régimen de transición, en el caso concreto se tiene lo siguiente:

ARTÍCULO 1º. El artículo 6º 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 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;*

Sobre la expresión "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." el Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018 dijo que:

"A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la 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. 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, **para esta Sala, 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.***

Ahora bien, en el caso concreto se tiene que la UGPP incluyó dentro del IBL de la pensión de la demandante, la asignación básica, bonificación por servicios prestados y horas extras, factores que se encuentran en la previsión normativa y jurisprudencial anteriormente analizadas, pero con relación a la prima de vacaciones, auxilio de transporte y auxilio de alimentación que la UGPP negó incluir, no encuentra esta Sala argumentos de orden jurídico o fáctico para considerar obligatoria su inclusión en el IBL, de tal manera que justifique declarar la nulidad de los actos acusados por haberlos desestimado.

De acuerdo con lo dicho, y respondiendo al problema jurídico planteado como punto central de la controversia, se concluye que a la actora no le asiste derecho a la inclusión de los factores salariales pretendidos en esta oportunidad para que se reliquide su pensión de jubilación, tal y como concluye el Juzgado de primera instancia y en esa medida, la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada.

Costas.

De acuerdo con los artículos 188 del CPACA y 361 del Código General del Proceso, las sentencias que deciden los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben resolver sobre la condena en costas, que están integradas por las expensas y gastos en que incurrió la parte durante el proceso y por las agencias en derecho. Esta regla no se aplica a los procesos en los que se ventile un interés público.

Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso en su numeral 3o. señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

“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.”

En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), pues se confirma en su totalidad la sentencia de primera instancia.

No obstante, la Sala ha precisado que esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen la condena en costas, toda vez que la demanda fue presentada cuando se manejaba un criterio jurisprudencial diferente, por lo que no se impondrá.

DECISIÓN.

Código: FCA - 008

Versión: 03

Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



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: CONFIRMASE la sentencia de fecha 21 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Décimo (10) Administrativo del Circuito de Cartagena

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

LAS MAGISTRADAS



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
(Ponente)



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL