

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA

SIGCMA

San Andrés Isla, treinta (30) de marzo de dos mil veinte (2020)

Sentencia No. 0049

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	88-001-33-33-001-2017-00150-01
Demandante	Rosalis Antonio Myles
Demandado	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha de 31 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial en audiencia, dentro del proceso iniciado por Rosalis Antonio Myles, en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO. Declárase no probadas las excepciones planteadas por la entidad demandada Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

SEGUNDO. Declárase la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución RDP 015903 del 09 de abril de 2013, la RDP 012624 del 21 de abril de 2014, la RDP 021406 del 10 de julio de 2014 y auto ADP 003919 del 30 de mayo de 2017, por las cuales, la entidad demandada negó la petición reliquidación pensional por nuevos factores pensionales al señor Rosalis Antonio Myles.

TERCERO. En consecuencia y a título de restablecimiento del Derecho ordenase a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, reliquidar la pensión del señor Rosalis Antonio Antonio Myles, reconocida mediante Resolución No. 32322 del 07 de julio de 2006, y reliquidada con la

Resolución No. 56902 del 21 de noviembre de 2008, con la inclusión de factores salariales, denominado prima técnica como se certifica a folio 36 del plenario, 62 CD y certificado mes a mes a folio 122 del expediente. De igual manera, frente a este factor, la cantidad demandada actualizará el IBL en virtud al IPC del retiro del servicio, al efectivo reconocimiento pensional.

CUARTO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. Declárense prescritas las sumas que resulten a favor de la actora causadas antes del 10 de enero de 2009, pues la petición de reliquidación data del 10 de enero de 2012 en aplicación del fenómeno de la prescripción trienal.

SEXTO. Ordenase actualizar y pagar las sumas que resulten a favor de la actora la entidad dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO. Expídanse copia de esta providencia conforme las previsiones del artículo 114 y 115 del código general del proceso.

OCTAVO. De conformidad con las previsiones del artículo 188 del CPACA, condénese en costas a la parte demandada. De igual manera se le condena en agencias en derecho las cuales se fijan en 4% de las pretensiones negadas.

NOVENO. Adviértase a las partes que contra la decisión procede el recurso de apelación que deberá ser interpuesto dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, como lo prevé el artículo 247 del CPACA.

NOVENO. Ejecutoriada esta providencia, por secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Pasados dos años sin que el actor los haya reclamado, la secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente.

II.- ANTECEDENTES

El señor Rosalis Antonio Myles, por intermedio de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó se efectúen las siguientes declaraciones y condenas, así:

“Primero.: Se admita la presente, que por tratarse del reconocimiento de prestaciones periódicas que se pueden reclamar en cualquier momento, no opera la caducidad de la acción (Art. 164 literal “c” del C.C.A. – Ley 1437 de 2011).

Segundo. Se declare la NULIDAD por violación de la ley del acto administrativo RESOLUCIÓN No. RDP 015903 del 09 de abril de 2013, por el cual la demandada

niega la petición de reliquidación de pensión de la actora, ELEVADA el 10 de enero de 2013.

Tercero. *Se declare la NULIDAD por violación de la ley del acto administrativo RESOLUCIÓN No. RDP 01264 del 21 de abril de 2014, por el cual la demandada de nuevo niega la petición de reliquidación de pensión de la actora.*

Cuarto. *Se declare la NULIDAD por violación de la Ley del acto administrativo RESOLUCIÓN No. RDP 021406 del 10 de julio de 2014, por la cual resuelve el recurso de apelación elevado contra la resolución RDP 012624 del 21 de abril de 2014, por el cual la demanda de nuevo niega la petición de reliquidación de pensión de la actora.*

Quinto. *Se declare la NULIDAD del auto ADP 003919 del 30 de mayo de 2017 por la cual se declara que no existen elementos nuevos por resolver con la petición del 16 de febrero de 2017.*

Sexto. *Se declare la EXISTENCIA del acto ficto o presunto negativo configurado por el hecho que la entidad no contestó en tiempo y de fondo la petición de fecha 16 de febrero de 2017.*

Séptimo. *Se declare la NULIDAD del acto ficto o presunto negativo por el cual el cual la entidad demandada negó la petición de fecha 16 de febrero de 2017, tendiente al reconocimiento y a la reliquidación correcta de la pensión de la actora.*

Octavo. *Para que en su lugar y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada la (UGPP), a quien le remplace o represente a efectuar a favor del actor el RECONOCIMIENTO CORRECTO Y RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN acorde con la norma que más favorezca, tomando TODOS LOS FACTORES SALARIALES DEL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIO PÚBLICO, incluyendo de forma correcta y en el cien por ciento el salario base, las horas extras, recargo nocturno, la prima técnica, prima de transporte y de alimentación, con las doceavas partes de la bonificación de servicios, la primas semestral, de navidad, de vacaciones, y los demás que resulten probados dentro del proceso, devengados en el último año de servicio; aplicando una tasa de remplazo del 75% sobre el anterior IBL; en atención al régimen PENSIONAL QUE LE APLICA A MI MANDANTE, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2006, por cumplimiento de la edad, pero con efectos fiscales desde el 10 DE ENERO DE 2013, 3 años atrás a la petición que dio origen a la resolución RDP 015903 del 09 de abril de 2013.*

Noveno. *A título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a favor del actor actualizar el ingreso base de liquidación – IBL o primera mesada pensional del año 2005-2006 fecha del retiro a la fecha de efectividad de la pensión 1 de septiembre de 2006.*

Décimo. *A título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada y a favor del actor, pagar las diferencias pensionales entre lo que ha venido pagando la (UGPP) y la que se ordene pagar, con efectos fiscales desde el 10 de ENERO de*

2013, 3 años atrás a la petición que dio origen a la resolución RDP 015903 del 09 de abril de 2013, y hasta cuando pague la prestación debidamente liquidada.

Undécimo. *A título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada y a favor del actor, pagar la indexación aplicada sobre las diferencias pensionales entre lo que ha venido pagando la (UGPP) y la que se ordene pagar, desde que cada prestación se causó hasta cuando pague la prestación debidamente liquidada.*

Duodécimo. *Que es necesaria la condena en concreto, en virtud de la conducta de la demandada al cumplimiento del fallo. Por tanto, y en aplicación al principio de economía procesal, se requiere que para el momento de proferir fallo así se liquide; o en su defecto se hará por requerimiento de parte dentro de los 30 días siguientes – Artículos 283 y 284 del C.G.P.*

Decimotercero. *Que la entidad demandada o quien la remplace o la represente, a que, sobre las sumas adeudadas a la actora, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, como lo preceptúa el Art. 187 del C.C.A. – Ley 1437 de 2011, y al pago de los intereses de mora.*

Decimocuarto. *Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento del fallo, dentro del término perentorio señalado en el artículo 192 ibídem y con los intereses de mora que dicha norma determina desde la ejecutoria de la sentencia.*

Decimoquinto. *Condenar a la entidad demandada o a quien la remplace o la represente, si ésta no diera cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el Art. 192 del C.C.A., pagar a favor del actor los intereses moratorios, conforme lo ordena el Art. 195 ídem y conforme a la sentencia C-188 de 1999, de la Honorable Corte Constitucional.*

Decimosexto. *Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

Primero. *De forma subsidiaria y a título de restablecimiento del derecho solicito se ordene a la demandada liquide la pensión con la norma que le favorece, tomando de forma correcta las semanas, el IBC, el porcentaje e IBL con el tiempo público bajo la forma de liquidación que beneficie, en consideración a la clase de prestación que se reclama.*

Segundo. *En lo demás, aplicar las pretensiones principales.*

- HECHOS

El demandante por intermedio de apoderado judicial, fundamenta su demanda en los hechos que a continuación se relatan:

Que, el señor Rosalis Antonio Myles nació el 12 de octubre de 1947 y en el año 2012 cumplió 55 años de edad. Asimismo, indica que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, le aplica el régimen anterior.

Afirma, que el señor Rosalis Antonio Myles prestó sus servicios al sector público por más de 20 años, motivo por el cual la Caja Nacional De Previsión Social EICE, reconoció la pensión de vejez, mediante Resolución No. 32322 de 2006, aplicando la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993; condicionada al retiro del servicio.

Señala, que mediante Resolución No. 56902 del 21 de noviembre de 2008, la Caja Nacional De Previsión Social EICE, ordenó reliquidar la pensión por retiro de vejez del demandante, en cuantía de \$774.641, la cual se hace efectiva a partir del 1 de septiembre de 2006.

Sostiene, que mediante la Resolución No. RDP 015903 del 09 de abril de 2013, la entidad negó la petición de reliquidación de pensión del actor; inconforme con esta decisión, presentó recurso de reposición el cual fue resuelto mediante la Resolución No. RDP 012406 de fecha 21 de abril de 2014, quien nuevamente negó la petición de reliquidación de pensión.

Manifiesta, que presentó recurso de apelación contra la resolución No. RDP 012406 de fecha 21 de abril de 2014, la cual fue resuelta mediante Resolución No. RDP 021406 del 10 de julio de 2014, confirmándola en todas y cada una de sus partes.

Indica que, el día 16 de febrero de 2017, elevó nuevamente petición de reliquidación, y mediante el auto ADP 003919 del 30 de mayo de 2017, la entidad declaró que no existen elementos nuevos por resolver dicha petición.

Sostiene, que en la liquidación de la pensión, Cajanal EICE – hoy UGPP, no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales, tales como; la asignación básica mensual; el valor de subsidio de alimentación, prima técnica y las doceavas partes de las primas semestrales, de navidad, de vacaciones, de servicios y la bonificación, además de los que resulten probados dentro del proceso y devengados en el último año de servicio público.

Arguye, que la entidad no tuvo en cuenta la correcta actualización del IBL a la fecha de efectividad del derecho, teniendo en cuenta que, debió aplicar el IPC sobre los factores del año de retiro 2005-2006, a la fecha de efectividad de la pensión – 1 de septiembre de 2006.

Por tanto, señala que se debió aplicar para el caso bajo estudio, el régimen de transición de que trata el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, liquidar la pensión con el 75% de todos los factores salariales del último año de servicio.

Finalmente, indica que para el cálculo del IBL (ingreso base de liquidación) la demandada en el acto administrativo que reconoció la pensión, no tuvo en cuenta todos y cada uno de los factores salariales del último año de servicio legalmente certificados y anexados.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte demandante señala los siguientes:

- Constitucionales: art. 4, 23, 53, 48 y 58.
- Legales: Ley 1437 de 2011; Ley 4° de 1966; Ley 33 y 62 de 1985. Ley 100 de 1993: art. 36, 272 y 279.
- Jurisprudenciales: Sentencias del H. Consejo de Estado y Corte Constitucional.

- CONTESTACIÓN

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, describió el traslado de la demanda, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de fundamento jurídico y ser contrarias a la Ley.

En primer lugar, señala que el demandante disponía de 4 meses para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; sin embargo, dicha demanda se instauró desbordando los términos procesales previstos. Advierte, que es por esta

razón, que el administrado pierde la posibilidad de demandar el acto administrativo en la vía jurisdiccional, tomándose en inimpugnables los actos administrativos por medio de los cuales se resolvió la petición y/o el recurso del actor.

Afirma, que la caducidad jurídica está establecida por razones de seguridad jurídica, para darle estabilidad al acto administrativo expedido por la Administración, señalando un plazo preclusivo al interesado para poder demandarlo; De no hacerlo dentro del término establecido, el juez carece de competencia para pronunciarse sobre la legalidad.

Por lo tanto, señala que el acto administrativo como expresión de la voluntad de la autoridad pública se presume legal, tanto en los aspectos formales como materiales, los primeros entendidos como aquellos que hacen referencia a la competencia del funcionario por quien fue expedido, al sujeto destinatario de la decisión, al objeto de la misma y al cumplimiento de las formalidades dispuestas para su expedición; en tanto que, los segundos hacen referencia a la adecuada consideración de los elementos de hecho y de la correcta aplicación de la normatividad que regula la situación jurídica particular, dichos presupuestos han sido observados en todo momento por la UGPP.

Arguye, que la entidad tuvo en cuenta lo preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el Régimen de Transición, el cual establece que quienes a la fecha de vigencia del Nuevo Sistema General de Pensiones contaran con 15 años de servicio o más, o tuvieran 35 años de edad en el caso de las mujeres y 40 en el caso de los hombres, se les respetará la edad, el tiempo y el monto de la pensión que señalen las disposiciones contenidas en el régimen anterior. Sin embargo, las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Manifiesta, que el señor Rosalis Antonio Myles, se encuentra amparado por el régimen de transición y en consecuencia se pensionó con 55 años de edad, 20 años de servicio, el 75% de los factores salariales señalados en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que no contempla todos los factores salariales certificados como ítems que integren el ingreso base de cotización, únicamente los que se encuentran de forma taxativa en la norma anterior.

Sostiene, que cualquier descuento que se hubiera podido efectuar sobre estos factores se consideraría ilegal, ya que la norma en mención señala de forma expresa sobre que factores deben hacerse las correspondientes cotizaciones al sistema, esto sin salirse del marco establecido en la misma. En consecuencia, indica que la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez del señor Rosalis con la inclusión de todos los factores salariales devengados y certificados durante el último año de servicio no es procedente.

Por otra parte, afirma que se debe tener en cuenta que, para el caso bajo estudio, no se evidencia ruptura abrupta entre el valor histórico de la pensión y el valor actual de tal manera que no se ve afectado el poder adquisitivo de la mesada.

Finalmente, concluye que es por esto que, no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, ya que dicha petición de reliquidación no se encuentra en armonía con aquellos factores que bajo competencia constitucional y reglamentaria han definido el Legislador o el presidente de la República, así mismo por que los elementos reclamados como base para la liquidación, no se encuentran debidamente enlistados dentro de los factores con incidencia pensional previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Propone como excepciones, la caducidad de la acción, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP; inexistencia de la obligación; excepción de compensación y no pago de los intereses moratorios.

- SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la audiencia de alegaciones y juzgamiento celebrada el 31 de octubre de 2018, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes premisas:

En primer lugar, el A quo expresó que el problema jurídico se ceñiría a establecer si procede la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución RDP 012624 del 21 de abril de 2014; RDP 021406 del 10 de julio de 2014; auto ADP 003919 del 30 de mayo de 2017 y el acto ficto o presunto negativo ante la falta de respuesta de fondo a petición de 16 de febrero de 2017, de los cuales considera están viciados de nulidad por cuanto no accede a la reliquidación de su pensión incluyendo la totalidad de los factores salariales percibidos en su último año de servicios, comprendido entre año 2005-2006, tales como: asignación básica, subsidio de alimentación, prima técnica y las doceavas partes de la prima semestral de navidad, de vacaciones, de servicios y la bonificación.

Previo al análisis de fondo, el A quo examinó las pruebas allegadas al proceso, y el marco normativo que la demandante solicita le sea aplicado.

Descendiendo al caso concreto, encontró acreditado que el señor Rosalis Antonio Myles, para el primero (1°) de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios públicos, razón por la cual, se halla cobijado por el régimen de transición de que trata la ley 100 de 1993.

Sin embargo, manifestó que lo reclamado por el actor y frente a lo cual se opone la entidad demandada, es que se ordene reliquidar la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los verdaderos factores salariales devengados en su último año de servicios.

Para resolver el punto de controversia, precisó que la jurisprudencia, ha sostenido que los beneficiarios del régimen de transición, tienen derecho a que se les aplique la edad, tiempo de servicios o de cotización y monto, de las normas pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993. Conviene destacar que, en lo que relaciona el monto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional que este corresponde al porcentaje de la pensión o tasa de reemplazo, de modo que el ingreso base de liquidación se debe determinar con base en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, quedando así solo bajo el régimen de la ley anterior los aspectos previamente señalados.

Por su parte, el Consejo de Estado ha entendido el monto no solo por el porcentaje de la pensión, sino también los factores para la liquidación de la misma; Sin embargo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha venido sosteniendo que la aplicación del régimen anterior en virtud de la disposición de transición de la Ley 100 de 1993, no solo se refiere a la determinación de la edad y tiempo de servicio, sino que también incluye el monto, conformado por los factores para la liquidación de la pensión con base en la Ley 100 de 1993, pues que, daría lugar a la vulneración de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la Ley.

Resalta que la providencia del Alto Tribunal Constitucional, ha dispuesto que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado sus correspondientes aportes.

Atendiendo a los últimos pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional y del Honorable Consejo de Estado, encontró que es procedente ordenar la reliquidación pensional del actor, por cuanto considera que en el caso estudio, a través de los actos enjuiciados la entidad demandada no accedió a la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores de salario percibidos durante su último año de servicios, y que además no lo hizo con el 75% de lo percibido, ha de concluir el a-quo que ello es procedente de manera parcial, pues al analizar la Resolución No. 32322 de 2006, la entidad le reconoció la pensión al actor con los siguientes factores: asignación básica, bonificación por servicios prestados y recargo nocturno, dejando por fuera el factor de prima técnica que se encuentra dentro de los factores descritos en el Decreto 1158 de 1994, el cual percibió el actor y además tenía derecho a ser incluido en su pensión.

Bajo esas consideraciones, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

- RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, en inmediaciones de la audiencia, expuso su inconformidad con la sentencia proferida por el Juzgado

Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, expresando que no comparte la decisión y solicita que ésta sea revocada.

Indica en síntesis, que si bien la entidad negó en principio la reliquidación de pensión del señor Rosalis Antonio Myles, lo hizo teniendo en cuenta que dicha liquidación se realizó conforme a derecho.

Por otro lado, señala que el reconocimiento de la prima técnica debió ser negada teniendo en cuenta que de los certificados de factores salariales se evidenció que éste factor fue certificado pero no se pudo validar si constituía o no factor salarial.

- ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 07 de junio de dos mil diecinueve (2019), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, y se ordenó a las partes presentar alegatos de conclusión para lo cual se les concedió el término de 10 días, asimismo, se corrió traslado al Ministerio Público por el mismo término sin retiro del expediente.

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado del señor Rosalis Antonio Myles, presentó alegatos de conclusión, solicitando se reliquide la pensión del actor tomando el IBL del 75% del promedio de lo devengado por el actor entre el 01 de septiembre de 1996 al 29 de agosto de 2006, incluyendo los factores salariales que el actor cotizó y que se encontraban contenidos en el Decreto 1158 de 1994, tales como la asignación básica, bonificación por servicios prestados, recargo nocturno y prima técnica, esto de acuerdo con el reciente pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, con número radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01. Consejero Ponente. César Palomino Cortés.

III. CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

Esta corporación es competente para resolver el recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos, de

conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En este orden, corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia dictada en audiencia el 31 de octubre de 2018 por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

- PROBLEMA JURÍDICO

Para el efecto, se determinará si procede reliquidar la pensión de jubilación del señor Rosalis Antonio Myles, tal como se ordenó en la sentencia apelada, o si en los términos del recurso de apelación ésta debe ser revocada.

- TESIS

La Sala sostendrá la tesis que para los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su derecho pensional en lo que se refiere a la edad, tiempo y monto entendido este último como la tasa de reemplazo se efectuará conforme a las previsiones de la normatividad que lo cobijaba, en este caso la Ley 33 de 1985, y lo referente a la liquidación del IBL, el mismo se realizará en los términos del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente los factores salariales que deben tomarse al momento de la liquidación de la pensión son sólo los factores enlistados en la norma y sobre los que se han efectuado los aportes.

La Sala dará aplicación a la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de Estado¹. En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, pero por las razones expuestas en esta providencia.

¹ Consejo de Estado sentencia del 28 de agosto de 2018. Rad. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- Del Régimen de transición Pensional - Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral en lo concerniente al reconocimiento de la pensión de vejez, consagró en su artículo 36 un régimen de transición, que buscaba proteger aquella población que se encontraba próxima a adquirir su derecho pensional, para ello, otorgó una vigencia ultractiva de algunos elementos del régimen pensional que los cobijaba, lo que en últimas traduce la posibilidad de acceder a una pensión en condiciones particulares, más favorables y diferentes frente a quienes fueran cobijados por el Sistema General de Pensiones.

“Art. 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.

~~<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos”~~

Empero, en tratándose de servidores públicos del orden territorial, la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones es distinta, conforme lo dispone el artículo 151 del de la referida ley:

Art. 151. Vigencia del Sistema General de Pensiones. *El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.*

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el **30 de junio de 1.995**, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

De conformidad con la norma citada, para efectos de determinar qué funcionarios públicos del orden territorial se hallan cobijados por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe verificar si para el treinta (30) de junio de 1995, logran acreditar 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.

Aunado a ello, en lo que respecta a los elementos que hacen parte de la transición, específicamente en lo que respecta al monto entendido tanto la tasa del remplazo como el IBL, el Consejo de Estado modificó su postura, al considerar que al momento de liquidar dichas pensiones el periodo de tiempo que se debe tener en cuenta para promediar el IBL, es el señalado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no lo señalado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

- Del Ingreso base de liquidación en el régimen de transición

Explica el Consejo de Estado en su sentencia de unificación de jurisprudencia² como razones para el cambio de postura lo siguiente:

“La aplicación del régimen pensional de transición para quien opte por este, significa que los requisitos de la edad y el tiempo, y el monto de su pensión sean los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a los regímenes pensionales anteriores, en virtud de los efectos ultractivos dados a los mismos.

Señala que lo anterior cobra relevancia en la medida en que si bien el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el monto de la pensión para los beneficiarios de la transición sería el previsto en el régimen anterior al cual

² Consejo de Estado sentencia del 28 de agosto de 2018. Rad. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

*se encontraran afiliados, lo cierto es que el inciso 3° de la misma disposición previó de manera expresa un **ingreso base para la liquidación de la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso 2°** que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, definiendo así uno los elementos del monto pensional.*

*La redacción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre cuál es el ingreso base de liquidación que se debe tomar en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen de transición, pues el concepto “**monto**” señalado en el inciso 2° de esa disposición daría lugar a entender, como lo ha considerado la Sección Segunda del Consejo de Estado, que la mesada pensional o monto incluye el IBL y la tasa de reemplazo previstos en los regímenes anteriores. Sin embargo, otra interpretación es que, en virtud de lo previsto en el inciso 3° ibídem, para establecer el monto de la pensión, solo se tomaría la tasa de reemplazo del régimen anterior, teniendo en cuenta que el IBL fue expresamente definido por este inciso para el régimen de transición. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia son de esta tesis.*

*La tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado de aplicación inescindible del elemento “monto” para las pensiones reconocidas bajo los regímenes anteriores, tiene como explicación que la acepción de la palabra “**monto**” debe entenderse como la **liquidación aritmética del derecho**, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100 de 1993³. Ello en virtud del efecto útil de la última regla del inciso 2°, en la medida en que no existen condiciones y requisitos distintos para acceder al derecho a los ya señalados en la norma. El inciso 3° del artículo 36 prevé un **ingreso base** y una liquidación aritmética diferente a la que se deduce de la interpretación del inciso 2°, en la que del “**monto**” se infiere un **ingreso base** que se rige también conforme al ordenamiento jurídico anterior. A juicio de la Sección Segunda de la Corporación, la redacción contradictoria del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política se debe tener en cuenta la regla más favorable, o sea la prevista en el inciso 2°.*

(...)

Ahora bien, la otra tesis consistente en que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe aplicarse para establecer el monto pensional de las personas beneficiarias del régimen de transición fue desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 que estudió la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, aplicable a congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios⁴.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de septiembre de 2000, Exp. 470-99.

⁴ “ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

(...)

Para el régimen general de pensiones que estaba vigente con anterioridad de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sede de tutela, extendió la ratio decidendi de la sentencia C-258 de 2013 a controversias suscitadas en torno a los reconocimientos pensionales de personas beneficiadas con el régimen de transición y a quienes se les aplicaba la Ley 33 de 1985. Tales sentencias fueron, entre otras, la SU-230 de 2015, la SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018. En estos casos también consideró que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debía aplicarse frente a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985.

A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

Explica la Sala, respecto a dicha conclusión que

Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas⁵.

Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir tal derecho y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.

(...)”

En atención a los argumentos expuestos, el H. Consejo de Estado⁶ fijó la siguiente regla del cual se derivan dos subreglas, así:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”

⁵ 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 vigencia de dicho Acto Legislativo.

⁶ Consejo de Estado sentencia del 28 de agosto de 2018. Rad. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

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”.

Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

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.

(...)

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.

(...)

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.**

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.

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. (Subrayas fuera del texto original)

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.”

Conforme a lo anterior, observa esta corporación que (i) las pensiones cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se liquidarán conforme a los parámetros señalados en el inciso 3° del artículo 36 de dicha norma (ii) los factores salariales a tener en cuenta sólo son los efectivamente cotizados.

- De la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada

La prima técnica fue concebida como un reconocimiento económico para atraer o mantener al servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados, requeridos para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o para la realización de labores de dirección y de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo.

A través del artículo 7 del Decreto 2285 de 1968³ por el cual “se fija el régimen de clasificación y remuneración de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias” se creó la prima técnica como una prestación destinada a mantener personal altamente calificado para cargos de especial responsabilidad o superior especialización técnica.

Posteriormente, el artículo 14 del Decreto 1950 de 1973, mantuvo este reconocimiento para toda la rama ejecutiva del poder público y precisó su asignación para los empleos comprendidos en los niveles técnico y ejecutivo.

Con la expedición de la Ley 60 de 1990⁴ el Congreso de la República, confirió facultades extraordinarias al Presidente para modificar entre otros, el régimen de prima técnica en las distintas ramas y organismos del sector público, a fin de que además de los criterios existentes, se permitiera su pago ligado a la evaluación de desempeño; facultades que se extendían a la definición del campo de aplicación de dicho reconocimiento, al procedimiento y requisitos para su asignación a los empleados del sector público del orden nacional.

En ejercicio de las citadas facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1661 de 1991, por medio del cual se modificó el régimen de prima técnica existente y se definió el campo de aplicación de dicho beneficio económico, estableciendo como factores para su reconocimiento *“la formación avanzada y experiencia altamente calificada; y la evaluación del desempeño”*, lo que quedó consignado en los siguientes términos:

“ARTICULO 1o. DEFINICIÓN Y CAMPO DE APLICACIÓN. La Prima Técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Así mismo será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.

ARTICULO 2o. CRITERIOS PARA OTORGAR PRIMA TECNICA. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado:

a). Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años, o

b). Evaluación del desempeño. (...).”

La norma antes transcrita, no solo posibilitó el otorgamiento de la prima técnica en razón del desempeño, sino que reiteró el derecho a la prima técnica teniendo en cuenta las calidades específicas del funcionario o empleado frente a determinado cargo, criterios que vendrían a ser reglamentados posteriormente a través del Decreto 2164 de 1991. Sin embargo, cabe anotar que la aplicación de las reglas contenidas en la citada norma se predicaba exclusivamente de los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, lo que impedía la extensión de sus beneficios a los demás empleados públicos del Estado.

En efecto, el artículo 3º del Decreto 1661 de 1991, delimitó los niveles a los cuales se les podía reconocer la prima técnica teniendo en cuenta cada uno de los factores establecidos, consagrando expresamente la incompatibilidad para percibir simultáneamente dos pagos por dicho concepto, así:

“ARTICULO 3o. NIVELES EN LOS CUALES SE OTORGA PRIMA TÉCNICA. Artículo modificado por el Decreto 1724 de 1997. Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles.

PARAGRAFO. En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima Técnica.”.

Por su parte, el Decreto 2164 de 1991, reglamentario del Decreto Ley 1661 de 1991, definió con mayor precisión las reglas para el otorgamiento de la prima técnica bajo los criterios inicialmente establecidos, señalando el campo de aplicación, los requisitos, el procedimiento, la competencia, la cuantía correspondiente para su asignación y las excepciones a la aplicación del régimen general, consignadas inicialmente en el artículo 10º del Decreto 1661 de 1991, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN Y CAMPO DE APLICACIÓN. La prima técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Así mismo, será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.

Tendrán derecho a gozar de la prima técnica los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, en el orden nacional. También tendrán derecho los empleados de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados.

(...)

ARTICULO 3o. CRITERIOS PARA SU ASIGNACION. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto 1335 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:>

Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado:

a) Título de estudios de formación avanzada y tres (3) años de experiencia altamente calificada;

b) Evaluación del desempeño.”.

Concretamente, frente a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, el Decreto Reglamentario precisó en el artículo 4º que tendrían derecho los empleados que desempeñaran en propiedad cargos susceptibles de dicha asignación en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo siempre que acreditaran título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante un término no menor de tres (3) años.

Precisó además la referida norma que, el título de formación avanzada podría compensarse por tres (3) años de experiencia, siempre que se acreditara la terminación de los estudios en la respectiva formación y, adicionalmente, que la experiencia debía ser calificada por el jefe del respectivo organismo ante quien se solicite el reconocimiento de la citada prestación.

Con posterioridad a esta norma, el Decreto 2177 de 2006 expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y 1 de la Ley 4 de 1992, modificó el artículo 3 ibidem, exigiendo para el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, título en formación avanzada, el cual

no podría compensarse por experiencia, y 5 años de experiencia altamente calificada.

- CASO CONCRETO

Hechas las anteriores precisiones jurisprudenciales, procede la Sala a verificar (i) si el demandante se encuentra cobijado con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y (ii) de ser beneficiario se verificará si la pensión reconocida mediante la Resolución No.32322 de 07 de julio de 2006 y reliquidada mediante la Resolución No. 56902 de 21 de noviembre de 2008, fue otorgada conforme a los parámetros jurisprudenciales antes citados.

Revisado el expediente observa la Sala que fueron allegadas al plenario las siguientes pruebas:

- Copia de la Resolución No. 32322 de 07 de julio de 2006⁷, por medio del cual la Caja Nacional de Previsión Social EICE, reconoce y ordena el pago de pensión vitalicia de vejez a favor del señor Rosalis Antonio Antonio Myles.
- Copia de la Resolución No. 56902 de noviembre 21 de 2018⁸, por medio del cual la Caja Nacional de Previsión Social EICE, reliquidó una pensión de vejez por retiro del servicio, efectiva a partir del 01 de septiembre de 2006.
- Copia de la Resolución RDP No. 015903 de abril 09 de 2013⁹, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, negó la solicitud de reliquidación pensional.
- Copia de la Resolución RDP No. 012624 de abril 21 de 2014¹⁰, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, negó la solicitud de reliquidación pensional.

⁷ Visible a folios 15 a 19 del cuaderno principal.

⁸ Visible a folios 20 a 25 del cuaderno principal.

⁹ Visible a folios 26 a 27 del cuaderno principal.

¹⁰ Visible a folios 28 a 30 del cuaderno principal.

- Copia de la Resolución RDP No. 021406 de julio 21 de 2014¹¹, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución No. 12624 del 21 de abril de 2014, confirmándola en todas y cada una de sus partes.
- Copia del Auto ADP 003919 de 30 de mayo de 2017, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, archiva la solicitud de reliquidación pensional incoada por el demandante, en razón a que no existen nuevos elementos de juicio para proceder con la reliquidación pensional del señor Rosalis Antonio Myles.
- Certificado No. 001 expedido por el profesional especializado de Talento Humano del Departamento Archipiélago de Santa Catalina, que enlista los factores salariales percibidos por el señor Rosalis Antonio Myles, en su último año de servicios, esto es, desde el año 2005 a 2006.
- Certificación expedida por la Coordinadora de Recursos Humanos del Hospital Timothy Britton, de fecha 23 de mayo de 2005, que enlista los factores salariales percibidos por el actor desde el año 1994 hasta el año 2005.¹²
- Formato No. 3B Certificación mes a mes de los factores salariales percibidos desde el año 1994 hasta el año 2005.¹³
- CD¹⁴ contentivo de los antecedentes administrativos.

En el caso *sub examine*, conforme al material probatorio antes relacionado y a los actos administrativos demandados, es claro que el señor Rosalis Antonio Myles para el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

¹¹ Visible a folios 28 a 30 del cuaderno principal.

¹² Visible a folios 111 a 116 del cuaderno principal.

¹³ Visible a folios 117 a 122 del cuaderno principal.

¹⁴ Visible a folios 124 del cuaderno principal.

para los empleados del orden departamental, contaba con más de cuarenta (40) años de edad, teniendo en cuenta que nació el 12 de octubre de 1947.

Igualmente, se encuentra acreditado que el demandante laboró y cotizó en el sector público el siguiente periodo,¹⁵:

ENTIDAD	CARGO	DESDE	HASTA
Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Servicio Seccional Salud – Hospital Timothy Britton	CONDUCTOR	01/11/1979	30/08/2006
Total días	9.660		
Total Semanas	1.380		

En virtud de lo anterior, el demandante acredita un total de **9.403** días laborados, correspondientes a **1.380** semanas, es decir, supera el mínimo de 1.029 semanas que corresponde a 20 años de servicios, por lo que no cabe duda que se halla cobijado en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que acredita uno de los requisitos que consagra dicha norma. En ese orden, su pensión debe ser reconocida en los términos de la Ley 33 de 1985, en lo que respecta a la edad, tiempo y tasa de reemplazo. En lo que corresponde al periodo de tiempo que se debe tener en cuenta para promediar el IBL, debe ser en los términos del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, situación que no es objeto de discusión por las partes.

Ahora bien, respecto a los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la prestación, conforme a las pautas jurisprudenciales anotadas, se tiene que son los señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985 y sobre los cuales se realizaron los aportes.

En este orden el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, señala lo siguiente:

¹⁵ Resolución No. 56902 de noviembre 21 de 2008, visible a folios 20 – 25 del cuaderno principal.

***“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 la 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.”*

Bajo este supuesto, observa la Sala que mediante la Resolución No. 32322 de julio 07 de 2006, la Caja Nacional de Previsión Social EICE, reconoció a favor del señor Rosalis Antonio Myles, una pensión mensual vitalicia de vejez, en cuantía de \$753.037.36, M/cte, bajo los parámetros previstos por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, condicionada al retiro del servicio del demandante.

Posteriormente, mediante Resolución No. 56902 del 21 de noviembre de 2008, la Caja Nacional de Previsión Social EICE, reliquidó una pensión de vejez a favor del demandante, en razón al retiro del servicio, en cuantía de \$774.641.04 M/cte.efectiva a partir del 01 de septiembre de 2006.

Sin embargo, la entidad demandada al momento de expedir los citados actos, solo tuvo en cuenta los factores salariales de asignación básica, bonificación por servicios prestados y recargos nocturnos, efectivamente enlistados en el artículo en comento, pero se abstuvo de incluir el factor de prima técnica devengado por el demandante, razón por la cual, el juez de primera instancia, ordenó la inclusión de este éste, atendiendo a los parámetros citados *ut supra*.

Empero, huelga precisar que la prima técnica fue concebida en nuestro ordenamiento jurídico, como un reconocimiento económico para atraer o mantener al servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados, requeridos para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o para la realización de labores de dirección y de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo.

Así las cosas, dicho emolumento fue creado como una prestación destinada a mantener personal altamente calificado para cargos de especial responsabilidad o superior especialización técnica, cuyo campo de aplicación se definió estableciendo como factores para su reconocimiento *“la formación avanzada y experiencia altamente calificada; y la evaluación del desempeño”*.

Fue así, como el Decreto 2164 de 1991, señaló que tienen derecho a gozar de la prima técnica los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, en el orden nacional. También tendrán derecho los empleados de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados.

El citado decreto en su artículo 3, resaltó que para tener derecho a esta prerrogativa, se deben tener en cuenta los siguientes requisitos, **a)** Título de estudios de formación avanzada y tres (3) años de experiencia altamente calificada y, **b)** Evaluación del desempeño.

Debe señalarse, que con posterioridad a esta norma, el Decreto 2177 de 2006 expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y 1 de la Ley 4 de 1992, modificó el artículo 3 ibidem, exigiendo para el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, título en formación avanzada, el cual no podría compensarse por experiencia, y 5 años de experiencia altamente calificada.

La reseña precedente nos lleva a reiterar la conclusión expresada en diversos pronunciamientos jurisprudenciales, que refleja que este beneficio fue concebido con un doble carácter: de un lado, **(i)** para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, y de otro, **(ii)** como un reconocimiento al adecuado desempeño del cargo.

En ese orden, este emolumento solo puede ser percibido por los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, en el orden nacional y empleados de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, que estén altamente calificados para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, y que cumplan ciertos requisitos que los haga beneficiarios de esta prerrogativa, situación que en el *sub lite* no se cumple, toda vez que de conformidad con las pruebas arrimadas al expediente, el aquí demandante acreditó haber laborado a órdenes del Departamento Archipiélago, por más de 20 años en el cargo de **conductor**, sin haber ocupado cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad.

Lo anterior, llama la atención de la Sala pues -se itera- el demandante no acreditó durante toda su vida laboral haber ocupado los cargos anteriormente descritos ni (i) la formación avanzada y experiencia altamente calificada; ni (ii) la evaluación del desempeño requerida para gozar de dicho beneficio económico, y aun así el ente territorial reconoció y pagó dicha prerrogativa como un factor salarial, que el demandante legalmente no tenía derecho a percibir.

Sin embargo, pese a que éste no es un factor legítimamente devengado, la Sala pudo constatar de conformidad con los certificados salariales obrantes a folios 111 y 112, que el demandante efectuó sus aportes sobre este emolumento (prima técnica) mientras lo devengaba, y que en virtud de la segunda regla prevista en la sentencia que unificó criterios en este sentido, 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, con base en estas razones, la Sala confirmará la sentencia dictada el 31 de octubre de 2018, por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que ordenó la reliquidación pensional del demandante con la inclusión de este factor, pero por las razones expuestas en esta providencia.

- **Condena en Costas**

Sin condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. - FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de fecha treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018), pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSE MARIA MOW HERRERA
Magistrado


NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada


JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2017-00150-01)