Cartagena de Indias D T C, veintisiete (27) de octubre de dos mil quince (2015)

|  |  |
| --- | --- |
| **Medio de control** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **Radicado** | 130013333004-2014-00025-01 |
| **Demandante** | CARMEN ELENA CASTRO CORDERO |
| **Demandado** | UGPP |
| **Tema** | Reliquidación pensional inclusión de todos los factores salariales/**Rectificación de criterio** |
| **Magistrado Ponente** | HIRINA MEZA RHÉNALS |

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

**1.1 Pretensiones.**

En síntesis solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 002955 del 12 de febrero de 2010 mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión y 010309 del 23 de agosto de 2010 por la cual se resolvió el recurso de reposición confirmando en todas y cada una de sus partes el acto recurrido.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la demandada i) reliquidar la pensión con el 75% del promedio devengado en el último año de servicios y la inclusión de todos los factores salariales devengados, efectiva a partir del 01 de enero de 2007, ii) liquidar y pagar a favor de la demandante las diferencias entre lo que se le ha venido pagando de conformidad con la Resolución 54322 del 14 de noviembre de 2007 y lo que se ordene pagar en la sentencia que ponga fin a este proceso. Iii) Que sobre las sumas a pagar, se le apliquen las respectivas actualizaciones e intereses conforme lo disponen los artículos 187 y 192 del C.C.A con las formulas, índices y cálculos operacionales, reconocidos y utilizados jurisprudencialmente por el Honorable Consejo de Estado. iv) Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, conforme lo dispone el Art. 188 C.C.A. y la jurisprudencia.

**1.2. Hechos**

Se relatan así:

1.2.1. Afirma que laboró de forma ininterrumpida durante más de 20 años al servicio del Estado, hasta el 30 de diciembre de 2006, por lo que se pensionó con 20 años de servicio y 55 años de edad con cuantía equivalente al promedio de todo lo devengado durante el último año de servicios.

1.2.2 Expresa que CAJANAL reconoció la pensión de la accionante mediante Resolución No. 54322 del 14 de noviembre de 2007, en cuantía de $904.623,83, efectiva a partir del 01 de enero de 2007, condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio oficial.

1.2.3. Indica que el 26 de agosto de 2009, solicitó a la entidad demandada la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta el 75% del promedio devengado en el último año de servicios y la totalidad de factores salariales, siéndole negada su reclamación mediante Resolución No. 002955 del 12 de febrero de 2010, la cual, recurrida fue confirmada a través de Resolución No. 010309 del 23 de agosto de 2010.

**1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.**

* Preámbulo y artículos 2, 6, 25,29, 53, y 123 de la Constitución Política de Colombia
* Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por aplicación indebida.
* Artículo 1 de la Ley 33 de 1985 por indebida aplicación.
* Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.
* Artículo 102 ley 1437 de 2011 por falta de aplicación

Preámbulo y Artículo 2 de la C.P: Considera que los actos impugnados contradicen estos postulados; ya que la administración en una actitud arbitraria y sin hacer uso de las herramientas legales que regulan la materia, niega un derecho adquirido legalmente por la accionante.

Artículos 6 y 123 de la C.P: por cuanto a la demandante según sus condiciones personales, laborales, morales y en general, dentro de la entidad, siempre se desempeñó con responsabilidad, ética, cumplimiento y en general con la orientación permanente y dirigida al buen servicio.

Artículos 25 y 29 de la C.P: también se violenta el derecho adquirido a través del trabajo en el tiempo que permaneció vinculada a la administración pública, violentando los derechos a la seguridad social establecidos en estas normas superiores, como los derechos adquiridos por el tiempo que estuvo vinculada a la administración pública, al desconocerse la reliquidación de su pensión en los términos solicitados, no obstante estar establecido legalmente que la entidad debe hacerlo.

Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 de la C.P: se vulnera el régimen de transición previsto en este artículo, por cuanto está establecido un sistema general de pensiones, al propio tiempo que permitió la aplicación de estatutos excepcionales que mantienen su vigencia en virtud de la aplicación del mencionado régimen de transición, el cual salvaguarda los derechos adquiridos de sus beneficiarios. Por lo anterior afirma que la demandante por reunir los requisitos es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho a que se le aplique en su totalidad el régimen anterior que es el parágrafo 2 del artículo 1º de la ley 33 de 1985, al cual no se le dio correcta aplicación.

Artículo 1º de la Ley 33 de 1985: se viola esta disposición teniendo en cuenta que se aplica respecto a la edad que regía con anterioridad a dicha Ley, pero no en cuanto al monto de la pensión, que para el presente caso es conforme al Art. 73 del Decreto 1848 de 1969.

Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978: se viola al no incluir dentro de la liquidación de la pensión todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, los cuales están señalados en este artículo, el cual es aplicable a la demandante.

Por otra parte, señala que los actos acusados están viciados de nulidad, por expedición irregular, falsa motivación, violación directa de la ley y violación de normas superiores.

Lo anterior por cuanto, señala, los actos acusados desconocieron los derechos adquiridos de la actora, como quiera que el artículo 36 de la ley 100 de 1993, prescribe que la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión será el establecido en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado el beneficiario, que para el caso concreto no es otro que el contemplado en el parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 33 de 1985 que es la norma específica y más favorable que la norma aplicada por la entidad demandada.

Sobre la violación de norma superior, indica que dado que el Decreto 1158 de 1994 es posterior al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y que la actora es beneficiaria del régimen de transición, es a este último al que tiene derecho se le aplique.

**2. Contestación de la demanda**

**2.1. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP.[[1]](#footnote-1)**

La entidad demandada contestó la demanda en oportunidad, resumida de la siguiente forma:

Se opone a las pretensiones debido a que la demandante obtuvo el estatus de pensionada el 10 de diciembre de 2006, en vigencia de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, en virtud de lo cual se encuentra cobijada por el Régimen de Transición, por lo que su pensión de vejez debe ser calculada conforme al tiempo de servicios, edad y monto contemplados en la ley 33 de 1985 esto es 20 años de servicio al estado y 55 años de edad, y con un monto del 75 de ingreso base de liquidación. Y en lo tocante con el ingreso base de liquidación debe seguirse lo previsto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que para fijar el ingreso base de liquidación se tomará el promedio de lo devengado que les hiciera falta para obtener el derecho a la pensión, o de diez (10) años en caso de que fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, precisa que para ello ha de seguirse lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, el cual prevé como tales: a) la asignación mensual, b) lo gastos de representación, c) la prima técnica, cuando sea factor salarial, d) las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factores salariales, e) la remuneración por trabajo dominical y festivo, f) la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras o realizado en jornada nocturna y g) la bonificación por servicios prestados. Para el efecto indica que a la actora al momento de liquidarle su pensión se le tuvieron en cuenta los factores previstos por la norma.

Plantea también que de acceder a conceder tales factores violarían el principio de sostenibilidad fiscal que asegura la correspondencia entre los recursos financieros del sistema y la satisfacción de los derechos de los afiliados al sistema de seguridad social. Así mismo menciona una confusión de las nociones de salario y prestación social. Por último presenta las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

**3. Sentencia de Primera Instancia[[2]](#footnote-2).**

Mediante sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014), el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Consideró el A quo que, conforme a las pruebas obrantes en el proceso, está acreditado que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que por tanto, la UGPP debió tener en cuenta al momento de reconocer y reliquidar la pensión de la actora el régimen contenido en la Ley 33 de 1985, liquidando la misma con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en virtud de los principios de inescindibilidad y favorabilidad.

Señala que su decisión se fundamenta en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, corporación que ha señalado que el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, lo cual permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador previa deducción de los aportes que dejaron de efectuarse.

Conforme a lo anterior, declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios y en consecuencia el pago de las diferencias pensionales que resultaran de la liquidación, debidamente indexadas. Finalmente, declaró la prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 22 de enero de 2011.

**4. Recurso de apelación. UGPP[[3]](#footnote-3).-**

La parte demandada recurre la sentencia de primera instancia, señalando que para el reconocimiento y liquidación de la pensión de la demandante por estar amparada bajo el régimen de transición, se tuvieron en cuenta los factores salariales que para el efecto prevén la Ley 100 de 1993 y el Decreto reglamentario 1158 de 1994.

Afirma que al caso de la actora le fue aplicado el principio de inescindibilidad, por cuanto fue sometido en su integridad a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que es el que contempla las reglas para las personas pertenecientes al régimen de transición en cuanto a la base de liquidación, por lo que no podría aplicársele las Leyes 33 y 62 de 1985.

Señala que no debe ser reconocida la indexación, como quiera que el artículo 178 del C.C.A establece que la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencia de la jurisdicción contenciosa administrativa deben efectuarse en todos los casos mediante sumas líquidas de moneda en curso legal y cualquier reajuste a dicha condena solo podrá determinarse tomando como base el IPC, o al por mayor.

También señala el recurrente que de conceder los tales factores se incurriría en una transgresión al principio de sostenibilidad presupuestal, ya que debe existir coordinación entre los emolumentos y los egresos, además de una transgresión al principio de solidaridad en materia de seguridad social.

**5. Trámite procesal de segunda instancia.[[4]](#footnote-4)**

Mediante auto de fecha veinte (20) de marzo de dos mil quince (2015), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

**5.1 Alegatos de conclusión.**

**5.1.1 Parte demandada**

Indica que como quiera que la accionante se encuentra cobijada por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de su asignación pensional debe tenerse en cuenta, en lo que respecta con edad, tiempo de servicios lo preceptuado en la ley 33 de 1985 y a fin de establecer el IBL para la liquidación de su mesada pensional, lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 y el Decreto 1158 de 1994. Reitera los argumentos de la contestación, en especial el atinente a la violación del principio de sostenibilidad del sistema, pues debe existir congruencia entre los aportes cotizados de tal manera que antes de recibir se debe coadyuvar (folios 172-180) .

**5.1.2 Parte demandante**

Considera que del acervo probatorio encontrado en el expediente se puede deducir que en efecto la actora está amparada por el régimen de transición previsto en el numeral 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quedando también demostrado que la UGPP no expone nada distinto a lo reiterado en el proceso y que persiste en continuar dilatándolo, siendo dicha entidad la principal afectada pues cada día que pasa se suman los intereses moratorios, la indexación, entre otros aspectos.

Por tal razón solicita se tengan en cuenta las consideraciones planteadas igualmente en la demanda y como consecuencia de ello, modificar la sentencia apelada y condenar en costas a la entidad demandada por haber demostrado una conducta dilatoria y temeraria frente al proceso (folios 182 a 183).

**6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Representante del Ministerio no presentó concepto.

**II. CONSIDERACIONES**

1. **ASUNTO PREVIO.**
   1. **Control de legalidad.**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia no se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA. Sin embargo, ninguna de las partes ni el Ministerio público objetó el trámite procesal adelantado. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se continúa con la resolución de la alzada.

1. **ASUNTO DE FONDO**
   1. **Problemas jurídicos y tesis.**

La Sala encuentra que el problema jurídico central, determinado por el sustento de la alzada, es de tipo normativo y se concreta en el siguiente cuestionamiento:

*¿Tiene derecho la parte actora a que se reliquide su pensión con el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, como lo ordena el artículo 1° de la ley 33 de 1985 aplicado por el a quo, o asiste razón a la demandada apelante, en cuanto a que la norma que debe aplicarse para liquidar la pensión de la parte demandante es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993?.*

Adicionalmente, y sólo de establecer la Sala que la pensión de la parte demandante debe liquidarse con el 75% del promedio de los salarios percibidos en el último año de servicios, como lo ordena el artículo 1° de la ley 33 de 1985,deberá abordar como problema asociado, el siguiente interrogante: *¿Cuáles fueron los salarios percibidos por la parte actora en el último año de servicios y si la parte demandada los incluyó al momento de expedir los actos acusados?.*

**TESIS**

Atendiendo la interpretación fijada por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015, para calcular el ingreso base de liquidación – IBL –de la pensión de la actora en el presente caso, debe seguirse lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la que este Tribunal dispondrá revocar la sentencia de primera instancia.

**2.2. Marco normativo y jurisprudencial.**

**Del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.**

Con la expedición de la ley 100 de 1993 se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, derogando los regímenes pensionales existentes para ese momento e integrándolos en un sistema general. Como consecuencia, los requisitos de edad y tiempo de servicios, o semanas de cotización para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez sufrieron modificación.

Sin embargo, con el fin de proteger a quienes tenían expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión por estar próximos a cumplir los requisitos para ello, el legislador estableció un régimen de transición que quedó contemplado en el artículo 36 ibídem, dirigido a hacer efectivo el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral. Específicamente, la mencionada disposición señala:

*“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 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. (…)”***

Acorde con lo anterior, son beneficiarios de la transición pensional, quienes al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran 35 años o más en el caso de las mujeres, o 40 o más en el caso de los hombres, o contaran con 15 o más años de servicios.

Esta garantía, implica que para el reconocimiento pensional de aquellas personas cubiertas por la transición, se tendrá en cuenta el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, según el principio de favorabilidad, respecto de los siguientes elementos: i) Edad para acceder a la pensión de vejez; ii) Tiempo de servicio o número de semanas cotizadas; iii) **Monto** de la pensión de vejez.

Ahora bien, en relación con la aplicación de los dos primeros elementos no ha existido ningún tipo de controversia. Sin embargo, el tercer aspecto, esto es, la noción de *“monto”,* sí ha sido objeto de amplios debates a nivel doctrinario y jurisprudencial.

En efecto, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dando aplicación al principio de inescindibilidad, ha venido señalando, que no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993, que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (entendiendo por monto la dupla porcentaje y base de la liquidación), sería esta normatividad la aplicable, más aún cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente.

Por su parte, el máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria, ha interpretado que cuando el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece el término “*monto”* de la pensión, sólo hace referencia al porcentaje (75%); pero que el ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta es el que consagra el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años.

Ahora bien, la H. Corte Constitucional, en reciente sentencia **SU-230 de 2015**, precisó que si bien existía un precedente reiterado por distintas Salas de Revisión de esa Corporación, en cuanto a la aplicación de los principios de inescindibilidad e integralidad del régimen especial, en el sentido que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición – criterio decantado por el Consejo de Estado -, también lo es que el Tribunal Constitucional no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe darse al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando categóricamente que el IBL no es un elemento del régimen de transición, por lo que siendo competencia de la Sala Plena de esa Corporación establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, acogía la Corte Constitucional la tesis de la H. Corte Suprema de Justicia. Para sustentar ese cambio de jurisprudencia sostuvo esencialmente que:

*“Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013[[5]](#footnote-5) se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento* ***(i)*** *en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y* ***(ii)*** *en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales,* ***ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca****.”*

Ante el anterior panorama de diversidad interpretativa, debe manifestarse que este Tribunal Administrativo de Bolívar, en sus distintas Salas de Oralidad, venía acogiendo pacíficamente el criterio fijado por el Consejo de Estado[[6]](#footnote-6), máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, sin embargo, la lectura detenida de la Sentencia SU-230/15, aunada a la no existencia de sentencia posterior del superior funcional que sustente y unifique doctrina distinta, no deja otro camino que el de acatar a partir de hoy, el precedente interpretativo vertido por el máximo Tribunal Constitucional en ese proveído de unificación[[7]](#footnote-7), conforme al cual el alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fijado en la sentencia C-258 de 2013, ha de ser aplicado sobre todos los asuntos pensionales regidos por esa norma y no exclusivamente respecto de quienes son beneficiarios del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992.

Se justifica la rectificación de criterio de este Tribunal Administrativo, en que tal como la misma Sentencia SU 230/15 destaca, la tesis conforme a la cual el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se desprende del texto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es **“la última interpretación constitucionalmente aceptada”**, interpretación que a todas luces resulta vinculante para el presente caso, en el que se debate un asunto que guarda similitud sustancial con el que motivara la emisión de la sentencia SU 230 de 2015[[8]](#footnote-8).

En ese sentido, se valora que la presente lis, gira centralmente en torno al derecho a la seguridad social en su componente pensional, derecho fundamental que es al que, al puntualizar el entendimiento que ha de darse al concepto IBL, se está fijando alcance interpretativo, resultando por tanto de forzosa acogida dicha doctrina, consignada en providencia de unificación del Tribunal Constitucional.

Bajo ese hilo conductor, aunque la demanda cuya alzada se estudia haya sido presentada con anterioridad al 29 de abril de 2015, fecha de emisión de la sentencia SU 230/15, debe resolverse en segunda instancia aplicando la exégesis normativa contenida en dicho proveído de unificación, pues al momento de la definición de esta instancia, es esa la interpretación vigente y a la que debe sujetarse este Tribunal.

1. **El caso concreto.**
   1. **Hechos relevantes probados.**

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

* + 1. La Señora CARMEN ELENA CASTRO CORDERO, hoy demandante, laboró en el Hospital San Juan de Dios de Mompox desde el 21 de enero de 1980 hasta el 10 de enero de 1983 y desde el 11 de noviembre de 1986 hasta el 30 de diciembre de 2006 (así consta en la Resolución de reconocimiento de pensión obrante a folios 8 al 12 del expediente que se repite en el expediente magnético como documento 10 acto administrativo con notificación y en certificación del Hospital San Juan de Dios de Mompox, Doc. 5 certificado de factores salariales y Doc. 6, contenidos en el expediente magnético aportado por la UGPP a folio 88 del plenario).
    2. La accionante nació el 10 de diciembre de 1951, de donde puede establecerse que alcanzó la edad de 55 años el día 10 de diciembre de 2006 (copia de la cédula de ciudadanía de la actora contenida en el Doc. 3 y registro civil de nacimiento obrante a folio 4 del expediente magnético folio 88).
    3. La CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL a través de Resolución No. 54322 del 14 de Noviembre de 2007 reconoció y ordenó el pago de pensión de vejez a la accionante a partir del 1 de enero de 2007, sujeta a la demostración del retiro definitivo del servicio, teniendo en cuenta para la liquidación pensional lo devengado entre el 1 de enero de 1997 y el 30 de diciembre de 2006 por concepto de:
* Asignación Básica.
* Horas extras.
* Bonificación por servicios prestados
* Prima de antigüedad

(Folios 8 al 12, se repite en el expediente magnético como documento 10 acto administrativo con notificación).

* + 1. La accionante a través de su apoderada presento solicitud ante CAJANAL para la reliquidación de su pensión por nuevo factor de salario, el día 26 de agosto de 2009 (Folios 16-18), pedido que fue denegado por CAJANAL en liquidación mediante Resolución No. 002955 del 12 de febrero de 2010 (Folios 25-26), la cual fue recurrida por la hoy actora, en fecha 23 de marzo de 2010 (F. 23-25), resolviéndose con Resolución No. 0010309 del 23 de agosto de 2010, en el sentido de confirmar la denegación de la reliquidación pensional con nuevos factores devengados en el último año de servicio (F. 26-28).
  1. **Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial**

Acorde con el texto de los actos acusados, la entidad demandada negó el reajuste de la pensión de la accionante argumentando que al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, le faltaban más de diez años para adquirir su status pensional, quedando por tanto cobijada por el régimen de transición, y su situación gobernada por la Ley 33 de 1985 en cuanto al monto, tiempo y edad requeridos para acceder a la pensión, pero no en cuanto a los factores base para liquidarla, respecto de los cuales le resulta aplicable lo dispuesto en el Decreto 691 de 1994, por lo que el monto de su pensión debía calcularse en consideración a los factores salariales descritos por el Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6º del precitado decreto 691 del mismo año, normativa que no consagra los nuevos factores salariales cuya inclusión reclama la hoy demandante.

Conforme a las pruebas recaudadas en el proceso, se encuentra demostrado, como lo afirma la parte demandante y lo reconoce la entidad accionada en el recurso de apelación y en el acto acusado, que la señora **CARMEN ELENA CASTRO CORDERO** es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que para la fecha en que entró a regir esta Ley - 1 de Abril de 1994-, tenía más de 42 años de edad, cumpliendo así con uno de los dos presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo: tener a dicha fecha 35 años o más.

Así las cosas, no se discute en este proceso que la situación pensional de la actora quedó sometida al régimen establecido por la Ley 33 de 1985, por lo que de aplicarse en su integridad esta norma, su pensión de vejez tendría que liquidarse incluyendo la totalidad de los factores que hubieran servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicios.

No obstante lo anterior, y atendiendo la interpretación fijada por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015 a que se ha hecho referencia en el marco normativo de la presente providencia, al encontrarse sujeta la situación pensional de la actora, al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello exclusivamente le da derecho a beneficiarse de los elementos previstos en la Ley anterior, atinentes, a: i) edad para acceder a la pensión de vejez, ii) tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y iii)**monto** de la pensión de vejez, pero entendido este último concepto como el *porcentaje* sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación – IBL -, aspecto este para el cual debe seguirse inexorablemente lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En esa línea, para el cálculo del IBL de la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, habrá que estimarse que si 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.

Ahora bien, en el presente caso está acreditado que a la actora, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le hacían falta más de diez años para acceder a su pensión de vejez, pues al 1º de abril de 1994, tenía 42 años de edad y como tiempo de servicios diez (10) años, tres (3) meses y veintidós (22) días, de manera, que es claro su derecho a que su pensión le fuera liquidada teniendo como IBL el promedio de los salarios devengados durante los últimos diez años de servicios y sobre los cuales hubiere cotizado, promedio que fue el tenido en cuenta en la Resolución 54322 del 14 de noviembre de 2007 expedida por CAJANAL, mediante la cual se reconoció su pensión de vejez considerando lo devengado durante los años 1997 a 2006 (folios 8 a 12).

En ese orden, el recuento normativo y fáctico hasta aquí expuesto se constituye en razón suficiente para concluir que la reclamación de reliquidación pensional de la accionante, tendiente a que se le aplique como IBL el 75% de todo lo devengado durante el último año de servicios, conforme al artículo 1º de la Ley 33 de 1985, no está llamada a prosperar, por cuanto es claro que la norma que gobierna su situación pensional en materia de IBL, es el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lo que se establece que el quantum pensional fue correctamente liquidado por la entidad demandada y que debe mantenerse la legalidad de los actos acusados.

En suma, asistiéndole razón a la entidad accionada respecto de los argumentos expuestos en el recurso de apelación, - ello en aplicación del precedente jurisprudencial acogido por este Tribunal en la presente providencia -, se revocará la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014) por medio de la cual el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena declaró la nulidad de los actos acusados y accedió a la reliquidación pensional de la demandante. En su lugar, se decidirá denegar las pretensiones de la demanda.

**3.3 Condena en costas en segunda instancia.**

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”.* A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, si bien habría lugar a condenar en costas a la parte demandante por haber resultado vencida en el presente proceso, la Sala no le impondrá tal condena, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que adoptaba este Tribunal era la inescindibilidad del régimen de transición, criterio en cuyo marco se entiende actuó la parte accionante bajo el convencimiento de que era necesaria la puesta en funcionamiento de la jurisdicción y que sus pretensiones podrían ser prósperas. En tal sentido, al resultar vencida la parte demandante, por revocarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** en su integridad la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014) dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena. En su lugar, **DENEGAR** las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, incoada por CARMEN ELENA CASTRO CORDERO contra la UGPP.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**HIRINA MEZA RHÉNALS**

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Hoja de firmas sentencia de segunda instancia en la que se decide: *PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014) dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena. En su lugar, DENEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, incoada por CARMEN ELENA CASTRO CORDERO contra la UGPP. SEGUNDO…”*

1. Folios 77 al 86 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 111 al 117. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 136 al 139. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 170. [↑](#footnote-ref-4)
5. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-5)
6. Criterio que aparece reafirmado en las consideraciones de la sentencia de unificación proferida por la sección segunda del H. Consejo de Estado el 12 de septiembre de 2014, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), Ref: Expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014) Actor: Gladys Agudelo Ordóñez. Accionada Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones - [↑](#footnote-ref-6)
7. Igualmente, en Sentencia T-078/14 en la que se dispuso no tutelar el derecho fundamental al debido proceso, en razón a que no se estructuró el defecto sustantivo alegado por el accionante, por cuanto, la decisión recurrida se apoyó en las normas aplicables (inciso 3°, art.36 Ley 100/93 y la convención colectiva) que se adecuaban a las circunstancias fácticas del caso concreto, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación. Ello, por cuanto las entidades accionadas aplicaron correctamente el régimen de transición, en armonía con los presupuestos establecidos en la convención colectiva pactada con Telecom, atendiendo en todo caso, la jurisprudencia constitucional, que determina que el *monto* y *el ingreso base de liquidación* de la pensión de vejez se calculan bajo presupuestos diferentes, el primer concepto, bajo el régimen especial del que fuese beneficiario el afiliado antes de la entrada en vigencia del tránsito normativo, y el segundo, siguiendo lo previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100/93. Doctrina ratificada en Auto 326/14 que decidió solicitud de nulidad de dicha sentencia T-078/14. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre la fuerza vinculante de la doctrina recogida en la Sentencia SU -230/15, véase lo señalado por la misma Corte en dicho proveído, en especial el aparte en el que se indica: En cuanto a los **fallos de revisión de tutela**, el respeto de su *ratio decidendi* es necesario para lograr la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de confianza legítima -que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con decisiones o actuaciones imprevistas- y para garantizar los mandatos constitucionales y la realización de los contenidos desarrollados por su intérprete autorizado. Es por esto que la interpretación y alcance que se le dé a los derechos fundamentales en los pronunciamientos realizados en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre la interpretación llevada a cabo por otras autoridades judiciales, aún sean altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones. [↑](#footnote-ref-8)