



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00156-00

Cartagena de Indias D.T y C, seis (06) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2018-00156-00
Demandante	MARIA CERPA DE MIER
Demandado	CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL) Y/O ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) Y/O UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL (UGPP)
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN REGIMEN DE TRANSICION – FACTORES SALARIALES - LEY 33 DE 1985.
Sentencia No	0100

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **MARIA CERPA DE MIER**, quien actúa a través de apoderado judicial, contra la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL) Y/O ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) Y/O UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL (UGPP)**.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

Por cumplir con todos los requisitos legales, al señor **GERLEN JOSÉ MIER CENTENO (Q.E.P.D)**, le fue reconocida la pensión de jubilación; falleció el 20 de julio de 2007; con ocasión a su fallecimiento, le fue sustituida la pensión de jubilación a su cónyuge sobreviviente, señora **MARIA CERPA DE MIER**, quien, al advertir, que al momento de reconocer y liquidar la pensión de jubilación no le fueron tenidos en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio por su finado esposo, solicitó la reliquidación de dicha prestación.

- PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo No. 37295 de 10 de agosto de 2005, por medio del cual la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL)**, reconoció la pensión de jubilación al señor **GERLEN JOSÉ MIER CENTENO**.

2-Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo No. 46112 de 11 de septiembre de 2008, por medio del cual la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL)**, reconoció la pensión de sobreviviente a favor de la señora **MARIA CERPA DE MIER**.

3-Que se declare la nulidad del acto administrativo No. UGM 034427 de 22 de febrero de 2012, por medio del cual le fue negada una solicitud de reliquidación de pensión a la actora.

4-Que se declare la nulidad del acto administrativo No. UGM 052533 de 19 de julio de 2012, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo No. UGM 034427 de 22 de febrero de 2012, confirmando esta última.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00156-00

5-Que se declare la nulidad del acto administrativo RDP 027557 de 07 de julio de 2017, por medio del cual la UGPP negó una solicitud de reliquidación de pensión a la actora.

6-Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 036463 de 21 de septiembre de 2017, por medio del cual la UGPP resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo RDP 027557 de 07 de julio de 2017, confirmando esta última.

7-Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL (UGPP), a re-liquidar la pensión de la señora MARIA CERPA DE MIER, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por el causante señor GERLEN JOSÉ MIER CENTENO en el último año de servicios, tales como: asignación básica, auxilio de alimentación, horas extras, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

8-Que se indexe la mesada pensional, desde la fecha en que el causante dejó de prestar sus servicios a favor del Estado hasta la fecha en que adquirió el status de pensionado, es decir, desde el 31 de diciembre de 2001 al 26 de agosto de 2003.

9-Que se apliquen los ajustes de ley, entre la fecha de la adquisición del status jurídico, hasta la fecha en que se le pague de forma completa la mesada pensional a la actora.

10-Que se ordene a la entidad demandada, que realice los descuentos del retroactivo pensional, por concepto de factores de salario tenidos en cuenta en la reliquidación y sobre los cuales no se hubiere realizado aportes a pensión, de los últimos 5 años de servicio del causante, es decir, entre el 01 de enero de 1996 al 31 de diciembre de 2001, en el porcentaje del 5% de cada uno de ellos.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado la accionada ha trasgredido las siguientes normas:

Legales: artículo 36 de la Ley 100 de 1993; artículos 1° y 3° de la Ley 33 de 1985; ley 62 de 1985.

En respaldo de sus pretensiones, expresó, en síntesis, que debe decretarse la nulidad de los actos administrativos demandados, teniendo en cuenta que la entidad accionada, en el acto de reconocimiento y liquidación de la pensión del causante, omitió incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

- CONTESTACIÓN

UGPP, indicó que no le asiste razón a la demandante, al solicitar la reliquidación de la pensión de sobreviviente que le fue reconocida, ya que, no se puede tener en cuenta factores salariales sobre los cuales no se cotizó efectivamente al sistema de seguridad social en pensiones.

Propone como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de causa petendi y cobro de lo no debido, buena fe, falta de cotización de factores salariales e inexistencia de la indexación para el caso.

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 13 de julio de 2018, para ser repartida ante los Juzgados Administrativos de Bolívar, asumiendo su conocimiento este Despacho, y procediendo a su admisión mediante auto del 24 de julio de la misma anualidad y notificada a través de estado No. 091 de 2018.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00156-00

Por auto del 09 de mayo de 2019, se citó a las partes a audiencia inicial para el 06 de junio de 2019, en la cual se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para presentar alegatos oralmente.

- **ALEGACIONES**

DEMANDANTE: Se ratifica en los argumentos expuestos en la demanda (AUDIO).

UGPP: Se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (AUDIO).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público rindió concepto solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

- **PROBLEMA JURÍDICO**

Se contrae a determinar si le asiste el derecho a la demandante a que se re-liquide la pensión de sobreviviente, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio del causante GERLEN JOSÉ MIER CENTENO, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y el artículo 1 de la Ley 62 de 1985?

- **TESIS**

Teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales esbozados por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado en la sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, que sirve de fundamento a la presente decisión, especialmente, aquel según el cual: "*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*", y como quiera que al revisar la actuación procesal, se advierte que no existe en su interior prueba alguna que certifique, que a favor del causante GERLEN JOSÉ MIER CENTENO, su empleador cotizó durante su último año de servicio, tomando o teniendo en cuenta otros factores salariales diferentes a los descritos en la resolución No. 37295 de 08 de noviembre de 2005, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social. Es por ello que considera este Despacho que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

A las anteriores conclusiones arriba el Despacho teniendo en cuenta los fundamentos jurisprudenciales, normativos y probatorios que a continuación se exponen:

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Frente a las diferentes interpretaciones que se han presentado respecto a la manera de entender el régimen de transición pensional contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente los parámetros fijados frente a la forma de calcular el promedio del ingreso base de liquidación aplicable a pensiones del sector público y los factores constitutivos de salario que deben tomarse en consideración para calcular su monto; si es con el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el párrafo 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o con el promedio de los salarios devengados en último





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00156-00

año de servicio, tal como lo establece el artículo 1º de la Ley 33 de 1985; tanto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado habían mantenido posturas diferentes, la primera plasmada principalmente en las sentencias SU-230 de 2015 y Sentencia SU395 de 2017¹, mientras que el Máximo Órgano de Contencioso Administrativo, en las Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 con radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Las anteriores diferencias quedaron zanjadas con la expedición de la Sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, del 28 de agosto de 2018. Sentencia que, para los Jueces Administrativos, por mandato legal y jurisprudencia, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**.

A Continuación, se exponen las principales conclusiones de dicha sentencia, que sirven de sustento para la decisión del presente medio de control.

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

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 hiciera 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.

Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

¹ Sentencia del veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, donde fungen como demandantes Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal E.I.C.E. liquidada-, Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones-, Carlos Saúl Suárez y Álvaro Córdoba Nieto en contra del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-, Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda, Subsecciones A y B- e Instituto de Seguros Sociales -Hoy Colpensiones-



289



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00156-00

El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

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.

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.

Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

CASO CONCRETO

En el caso particular, se tiene que la señora MARIA CERPA DE MIER, a través de apoderado judicial, promovió el presente medio de control con el fin de que se declare la nulidad de varios actos administrativos, entre ellos, de las resoluciones RDP 027557 de 07 de julio de 2017 y 036463 de 21 de septiembre de 2017, por medio del cual la UGPP negó una solicitud de reliquidación de pensión a la actora, y que como consecuencia de ello, se ordene re-liquidar y pagar a su favor, la pensión de sobreviviente teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio del causante.

El señor GERLEN JOSÉ MIER CENTERO (Q.E.P.D), nació el 26 de agosto de 1948, y al cumplir con los requisitos exigidos por la Ley, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL), por medio de la resolución No. 37295 de 10 de agosto de 2005, le reconoció la pensión de jubilación.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00156-00

Luego, con ocasión de su fallecimiento, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL), por medio de la resolución No. 46112 de 11 de septiembre de 2008, reconoció la pensión de sobreviviente a favor de la señora MARIA CERPA DE MIER.

En su oportunidad, la entidad demanda, indicó que no es procedente acceder a la solicitud de reliquidación de pensión elevada por la actora, porque no es viable liquidar una pensión teniendo en cuenta unos factores salariales sobre los cuales no se cotizó durante el último año de servicios.

Ahora bien, teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales esbozados por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado en la sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, que sirve de fundamento a la presente decisión, especialmente, aquel según el cual: *“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”*, y como quiera que al revisar la actuación procesal, se advierte que no existe en su interior prueba alguna que certifique, que a favor del causante GERLEN JOSÉ MIER CENTENO, su empleador cotizó durante su último año de servicio, tomando o teniendo en cuenta otros factores salariales diferentes a los descritos en la resolución No. 37295 de 08 de noviembre de 2005, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social. Es por ello que considera este Despacho que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

Es decir, en el infolio no existe evidencia que certifique que el causante GERLEN JOSÉ MIER CENTENO, realizó aportes para pensión, durante su último año como trabajador activo, con base a factores salariales diferentes a los contenidos en la resolución No. 37295 de 08 de noviembre de 2005, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, por tal virtud no se puede liquidar dicha prestación teniendo en cuenta factores salariales adicionales.

En este punto resulta forzoso reiterar la jurisprudencia que sirve de sostén para dilucidar el presente caso, en la cual se consideró, que tener 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; que con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

Por lo tanto, con base en lo anteriormente expuesto considera este Despacho que no le queda opción jurídica distinta que negar las pretensiones de la demanda.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone 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”.

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explica el Consejo de Estado² a través de su jurisprudencia.

Ahora bien, la condena en costas a la parte vencida se profiere de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidan por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales

² Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016



290



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00156-00
debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijan según lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura; no obstante todo lo anterior, en el caso de marras no habrá condena en costas como quiera que no se encontró acreditado la causación de las mismas.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No condenar en costas.

TERCERO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

