DIGITALIZADO
SIGLO XXI

Cartagena de Indias, veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-003-2015-00283-01**
Demandante	**PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO**
Demandado	**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	*RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – IBL - art. 36 de la Ley 100 de 1993 – Decreto 1158 de 1994 – Ley 33 de 1985 - inclusión de factores salariales*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Universidad de Cartagena, contra la sentencia del 27 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.

2.3. La demanda[1].

A través de apoderada judicial constituida para el efecto, el señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.4. Pretensiones

> *"PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo negativo ficto o presunto que se configuró por el silencio de la Universidad demandada ante la solicitud del*

[1] Folios 1-7 cuaderno 1

demandante para que se le reliquidara su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores de salario que les fueron pagados durante el último año de servicio.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la nulidad pedida, el señor juez ordene el restablecimiento del derecho del demandante, en el sentido de que la Universidad de Cartagena debe reliquidarle su pensión con la inclusión de todos los factores de salario devengados el último año de servicio.

TERCERA: Que la Universidad de Cartagena debe cancelarle a mi cliente las diferencia pensionales desde el 19 de junio de 2012, hasta cuando se efectúe la condigna reliquidación y comience a pagársele por nómina la pensión reliquidada.

CUARTA: que se condene en costas a la demandada, incluidas las agencias en derecho, tal como lo ordena el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011."

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.5 Hechos

El demandante expone que, fue pensionado por la Universidad de Cartagena por medio de la Resolución No. 3035 del 18 de diciembre de 2003, tomando como factores de salario sólo el sueldo mensual y la bonificación por servicios prestados del 30 de junio de 1995 al 30 de octubre de 2003, es decir, la pensión no se liquidó con el promedio de todos los factores de salario que les fueron pagados durante el último año de servicio, fijándose el monto de su pensión en la suma de $2.771286.

Que, mediante Resolución No. 2321 del 21 de septiembre de 2007, fue reliquidada la pensión al señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO, tomando el promedio mensual de los últimos diez (10) años comprendidos entre el 01 de julio de 1997 al 30 de junio de 2007, fijando su monto en la suma de $3.612.220.

Agrega que, el demandante solicitó a la Universidad demandada, mediante escrito de fecha 19 de junio de 2015, la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores de salario que les fueron pagados durante el último año de servicio. Que desde la presentación de dicho escrito, transcurrieron más de tres (3) meses, por lo que estima que se configuró un acto administrativo ficto o presunto por el silencio de la entidad demandada.

Por último, explica que, como quiera que lo debatido en esta demanda es una prestación de carácter laboral irrenunciable, no es necesario cumplir con

la exigencia del requisito de procedibilidad prejudicial, por ello no solicitó audiencia de conciliación ante los señores procuradores delegados ante la jurisdicción administrativa.

2.6. Contestación de la Universidad de Cartagena[2]

La parte demandada se opone a la prosperidad de las **pretensiones**, argumentando que la Universidad de Cartagena, mediante Resolución No. 0007 del 19 de enero de 2016, resolvió de fondo sobre la solicitud de reliquidación de pensión elevada por el señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO. Estableciendo en dicho acto administrativo que al aquí demandante no le asiste el derecho reclamado, en virtud a lo ordenado en la Sentencia de la Corte Constitucional 230 del 29 de abril de 2015, la cual estableció que el IBL no es un aspecto de transición pensional, debiendo aplicarse las reglas establecidas en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, por lo cual no pueden incluirse nuevos factores distintos a los contenidos en el Decreto 1158 de 1994 para integrar la base de la liquidación pensional, o sobre factores salariales sobre los cuales el demandante no cotizó en pensión.

La Universidad demandada manifiesta su conformidad con el **hecho** 5° planteado por la parte actora; en cuanto a los hechos 1°, 4°, 6° y 7° , los admite; respecto a los hechos 2° y 3° los admite parcialmente aclarando que el nuevo monto de la mesada pensional equivale al 85% del salario promedio devengado durante los últimos siete (7) años nueve (9) meses y trece (13) días, teniendo en cuenta que a la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 al demandante PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO le faltaban menos de diez (10) años para causar el derecho a la pensión y que acredito más de 1.400 semanas cotizadas.

Como **excepciones** de fondo la parte demandada propuso las de inexistencia de la obligación reclamada – carencia absoluta del derecho pretendido y cosa juzgada constitucional.

2.6.1. Razones de la Defensa

La entidad demandada explica que el señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO es beneficiario del régimen de transición, por lo que el monto de

[2] Folio 42-73

la mesada pensional que le fue reconocida equivale al 75% del promedio devengado durante los últimos 10 años de servicio por concepto de sueldo básico, gastos de representación y bonificación por servicios prestados, conforme lo estatuido en los artículos 34 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Expone que, sobre el mentado régimen de transición, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU 230 DEL 29 DE ABRIL DE 2015, Expediente T-3558256 MP Jorge Ignacio Pretel Chaljud, estableció que el Ingreso Base de Liquidación no es un aspecto de la transición pensional y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general contenida en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional, con independencia del régimen especial al que pertenezca el empleado.

Que, previo a dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional había ratificado la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, recogida en el fallo C-258 de 2013, en la que al analizar el IBL la Sala concluyó que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición sólo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización. Recalcando que, el promedio de liquidación y factores salariales sobre los cuales se efectúa la liquidación de la prestación, es el contenido en el régimen general de pensiones.

Agrega que, en observancia al precedente judicial de la Corte Constitucional, al revisar las condiciones del reconocimiento de la prestación económica a favor del demandante, se verificó que al calcular el monto de su mesada pensional, la entidad observó las reglas generales contenidas en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, liquidándose la prestación sobre el ingreso base correspondiente al promedio de lo devengado durante los últimos siete (7) años nueve (9) meses y trece (13) días, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el peticionario le faltaban menos de 10 años para causar el derecho a la pensión, razón por la cual no está llamada a prosperar la actual solicitud de reliquidación pensional.

Adiciona, explicando que, la pensión de vejez reconocida al demandante se liquidó con base en los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994, correspondientes al salario, gastos de representación y bonificación por servicios prestados; así mismo, hace referencia a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, en el cual se ratifica que para la liquidación de las pensiones, sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada

persona hubiere efectuado las cotizaciones, razón por la cual la Universidad de Cartagena no está obligada a reliquidar la mesada pensional del actor, con la inclusión de los valores devengados por concepto de prima de navidad, vacaciones y de servicios devengados durante el último año de servicio, sobre los cuales nunca efectuó cotizaciones a pensión.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[3]

Por medio de providencia del 27 de septiembre de 2016, el Juez Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, dándole la razón a la parte demandante, en aplicación del precedente establecido por el H. Consejo de Estado, en su jurisprudencia.

Al respecto, el Juzgador de primera instancia estimó que le asistía razón a la parte demandante a que se le reliquide su pensión, en virtud a que, a los trabajadores amparados por los regímenes especiales no le es aplicable la interpretación que sobre el IBL se hizo en la Sentencia C-258 de 2013, la cual fue extendida por la sentencia SU-230 de 2015 a todos los regímenes pensionales especiales, dado que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4° de 1992 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público.

Explicó que, si bien existían posiciones contrapuestas entre las altas Cortes respecto a la interpretación que se debe dar a la aplicación de IBL, frente al beneficiario de pensiones regidas por el régimen de transición previsto en normas especiales; frente al pronunciamiento del Consejo de Estado se determinó el alcance de la Sentencia SU- 230 de 2015, en el que deja claro que no abarca a los regímenes especiales exceptuados, creados y estudiados bajo otras normas cuya sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013, no fueron analizadas , concluyó que, uno de los regímenes exceptuados, no estudiados en la mencionada sentencia C-258 de 2013, como los servidores de las Universidades Públicas; llegando a la conclusión que, la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no

[3] Folio 360-365

impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Bajo ese entendido, al encontrar probado que la parte actora en este evento le era aplicable el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se declaró la nulidad del acto administrativo ficto demandado, ordenándose que se le reliquidara la pensión del señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO, de conformidad con la Ley 33 de 1985, en el equivalente a lo devengado en el último año de servicios teniendo en cuenta los factores salariales que no se le tuvieron en cuenta, como las diferencias entre lo que se pagó por concepto de mesadas pensionales recibidas y lo que debió haber pagado a partir del 19 de junio de 2012, previo descuento de las sumas correspondientes a los factores como prima de navidad, vacaciones y de servicios en las proporciones correspondientes y respecto de los cuales no se hicieron los aportes de ley.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

Por medio de escrito de 10 de octubre de 2016, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, manifestando su inconformidad, toda vez que en dicha providencia nada se dijo sobre la legalidad de la Resolución No. 0007 de 19 de enero de 2016, mediante la cual se resolvió de fondo la solicitud de reliquidación de pensión presentada por el demandante, la cual fue notificada personalmente al señor Prisciliano Martínez Jaramillo.

Expone que, el Ingreso Base de liquidación no es un aspecto de la transición pensional, por lo que, son las reglas contenidas en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional. Arguyendo que, dicha sentencia es de obligatorio cumplimiento, tanto para las autoridades administrativas como para las autoridades judiciales, razón por la cual no pueden incluirse nuevos factores distintos a los contenidos en el Decreto 1158 de 1994 para integrar la base de la liquidación pensional.

Por lo anterior, considera que no hay lugar a ordenar la reliquidación con inclusión de todos los factores de salario (especialmente las primas de

[4] Folio 369-378 Cuaderno 2

navidad, de vacaciones y de servicios sobre las cuales nunca cotizó en pensión), para incrementar la mesada pensional, para lo cual habrá de considerarse igualmente que la causación de tales factores se configura por año de servicio o proporcional de año, de manera que cuando se paga a un empleado, su monto jamás puede corresponder a una asignación que retribuya concretamente el servicio del mes que se presta, sino que está retribuyendo el servicio prestado durante la correspondiente anualidad o su fracción. Por tanto, cuando se trata de integrar la base salarial para liquidar la pensión, debe tomarse su doceava parte y no su totalidad, aplicando en todo caso las prescripciones trienales a que hay lugar.

De otra parte, expone que el monto actualmente reconocido a favor del demandante es superior al que se ordena pagar en la sentencia de primera instancia, y explica que, mediante Resolución No. 1538 del 27 de abril de 2011, la Universidad de Cartagena ordenó reliquidar nuevamente la mesada pensional del señor Prisciliano Martínez Jaramillo, elevándola a $4.676.442, pagadera a partir del 01 de enero de 2011, equivalente al 85% del salario promedio devengado durante los últimos 7 años, 9 meses y 13 días, teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por faltarle al demandante menos de 10 años para causar el derecho a la pensión y que acreditó más de 1.400 semanas cotizadas; y la sentencia de primera instancia ordena la reliquidación de la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, en el equivalente a lo devengado en el último año de servicios teniendo en cuenta los factores que no se le tuvieron en cuenta para cotizar en pensión, en cuantía equivalente al 75%, es decir, en un monto inferior al que le viene siendo reconocido y pagado; lo cual hace nugatorio el derecho demandado de reajuste pensional, pues lejos de un aumento, lo que hace es disminuir el monto que actualmente viene recibiendo.

Indica que, no existe claridad sobe la fecha desde la cual deba descontársele al demandante el aporte en pensión por concepto de prima de navidad, de vacaciones y de servicio; y al incluir factores pensionales distintos a los enlistados en la Ley 62 de 1985, en la base de liquidación pensional, el Consejo de Estado esta asumiendo una función legislativa.

Por último, solicita, se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la Universidad demandada de la totalidad de las pretensiones formuladas en la presente demanda.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 18 de noviembre de 2016[5] se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, con providencia del 15 de junio de 2017[6], se dispuso la admisión de dicho recurso en este Tribunal; y, con auto del 10 de noviembre de 2017[7], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: La parte accionante presentó escrito de alegatos el día 21 de noviembre de 2011[8], refiriéndose de manera sucinta a los argumentos expuestos por la contraparte apoyado en lo dicho por la Sección Quinta del Consejo de Estado, a la cual no le corresponde conocer de acciones de Nulidad con Restablecimiento del Derecho.

6.2. Alegatos de la parte demandada[9]: Esta entidad, presentó su escrito de alegados el 29 de noviembre de 2017, ratificándose en los argumentos de la apelación.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

---

[5] Folio 382-383 Cuaderno 1
[6] Folio 4 Cuaderno 2ª instancia
[7] Folio 11 Cuaderno 2ª instancia
[8] Folio 14 Cuaderno 1
[9] Folios 21-24 Cuaderno 2ª Instancia

7.3. Actos administrativo demandado.

Acto administrativo negativo ficto o presunto, configurado por el silencio de la Universidad de Cartagena ante la solicitud de fecha 19 de junio de 2015 presentada por el señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO para que se le reliquidara su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores de salario pagados durante el último año de servicio.

7.4 Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todo lo devengado durante el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales.

A efectos de resolver el problema jurídico, la Sala entrará a determinar, ¿Si el ingreso base para liquidar la pensión del demandante es el previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo estima la Universidad demandada, o el consagrado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, tal como se solicita en la demanda?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala estima que el demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las pensiones deben liquidarse teniendo en cuenta el monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en la Ley 33 de 1985, pero estima que el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100 de 1993, y los factores que deben incluirse en el mismo son exclusivamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones. La aplicación de la sentencia referida se hará de forma inmediata en los casos que no han sido objeto de decisión final, como el presente que ocupa a la Sala.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y se denegarán las pretensiones.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:

7.6.1 Régimen de transición.

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

> *"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*
>
> ***El 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."*

El régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Las pruebas allegadas al expediente demuestran que el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, el actor tenía más de 40 años de edad, por lo cual se encuentra amparado por el régimen de transición.

No obstante, la Sala precisará entre la norma anterior a la Ley 100 de 1993 y ésta ley, cuál de ellas es la más favorable para regular la situación pensional del actor para efectos de establecer la cuantía de la prestación que se le debió reconocer.

7.6.2 Sobre los Regímenes pensionales aplicables al caso concreto

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985,** cuyo artículo 1° dispone:

> *"ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*
>
> *No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. (...)*
>
> *PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*
>
> *Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) sin son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.*
>
> *PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"*

Por su parte la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en sus artículos 33 y 34 enseña:

*"**ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.** Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre...

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo..."

*"**ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.** <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.*

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

(...)"

El Decreto 1158 de 1994 estableció de manera clara que la base de liquidación para los aportes estaría constituida, por los siguientes factores salariales:

"a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados."

7.6.3 Sentido y alcance del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Si bien el Consejo de Estado había adoptado de manera reiterada y pacifica el criterio según el cual a las pensiones de los servidores del estado beneficiarios del régimen de transición se les debía aplicar el régimen normativo que con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 regulaba lo relativo

a la edad, tiempo de servicios y el **monto de la pensión**, y que la expresión subrayada comprendía tanto el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), como el ingreso base de liquidación, pues el principio de inescindibilidad imponía aplicar la norma comentada de manera integral e impedía liquidar la pensión aplicando edad y tiempo de servicio del régimen anterior y el monto del nuevo régimen.

También sostuvo la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo Subsección A, en sentencia de 4 de agosto de 2010, radicación 25000232500020060750901 (0112-2009), que para efectos de la liquidación de la pensión debían tenerse en cuenta todos los factores salariales *(...) En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios"*

En la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional estudió una demanda contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992,[10] cuyo texto es el siguiente: "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. - 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 decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

---

[10] *Ley 4 de 1992, **Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.***

En este fallo la Corte asumió una interpretación distinta del artículo 36 de la Ley 100/93, según la cual el concepto de monto comprende únicamente el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), el cual diferenció del ingreso base de liquidación, al cual se aplica para liquidar la mesada pensional, y por ello el IBL de las personas cobijadas por el régimen de transición se debían regir por la Ley 100/93 y no por el régimen anterior.

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso seguido por Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra CAJANAL En Liquidación, dentro del radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, sostuvo:

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

92. 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".

93. 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:**

94. **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.

95. (...)

96. **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.

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

98. 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".

99. 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.**

100. 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.

101. 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 periodicamente 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.

102. 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.

103. 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. (Subrayas fuera del texto)

La Sala prohíja los criterios expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena antes citada y los aplicará al caso concreto.

7.7 Caso concreto.

7.7.1 Hechos probados

- Resolución N° 3035 de 18 de diciembre de 2003, por medio de la cual la Universidad de Cartagena reconoció la pensión vitalicia de jubilación al demandante PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO, en cuantía de $2.771.286, ordenando su pago al momento de su retiro.[11] Notificada el día 21 de enero de 2003.[12]

- Resolución No. 0849 de 23 de abril de 2007, por medio de la cual se ordena el retiro definitivo del servicio del demandante PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO.[13] Notificada el día 30 de abril de 2007.[14]
-Resolución 1251 de 07 de junio de 2007, "Por medio de la cual se modifica el Artículo Primero de la Resolución No. 0849 del 23 de abril de 2007" (Se ordenó el retiro definitivo a partir del 01 de julio de 2007).[15] Notificada el día 14 de junio de 2007.[16]
-Resolución 2321 de 2007 de fecha 21 de septiembre de 2007 "Por medio de la cual se Reliquida la Pensión de Jubilación de PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO".[17] Notificada el día 18 de octubre de 2007.[18]
-Resolución 1538 de 27 de abril de 2011 "Por medio de la cual se resuelve una solicitud de reliquidación pensional".[19] Notificada el día 29 de abril de 2011.[20]
-Solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, a través de apoderado judicial, radicado el día 19 de junio de 2015 ante la Universidad de Cartagena.[21]
-Certificado de servicios prestados por el señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO, expedida por la Jefe de la Sección de Archivo y Correspondencia de la Universidad de Cartagena en fecha 27 de abril de 2015.[22]

---

[11] Folios 10-12 Cuaderno 1
[12] Ver folio 12 Cuaderno 1
[13] Folios 13-14 Cuaderno 1
[14] Folio 15 Cuaderno 1
[15] Folio 16 Cuaderno 1
[16] Ver folio 17 Cuaderno 1
[17] Folios 18-20 Cuaderno 1
[18] Ver folio 21 Cuaderno 1
[19] Folios 22-24 Cuaderno 1
[20] Ver folio 25 Cuaderno 1
[21] Folios 27-28 Cuaderno 1
[22] Folio 29 Cuaderno 1

-Expediente administrativo[23] del señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO, dentro del cual se destaca la Resolución 00007 de 19 de enero de 2016 "Por medio de la cual se resuelve una solicitud de Reliquidación Pensional".[24] Notificada al demandante el día 22 de enero de 2016.[25]

7.7.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

El caso objeto de análisis hace referencia a la reclamación que efectúo el actor a la Universidad accionada para obtener la reliquidación de su pensión de jubilación como beneficiario del régimen de transición, con un monto en el que se tome como promedio lo dispuesto en las reglas sobre el ingreso base de liquidación (IBL) de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios.

Atendiendo las pretensiones de la demanda, la Juez de primera instancia, estimó que a la liquidación del derecho pensional del señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO debió aplicarse la Ley 33 de 1985, en un equivalente a lo devengado en el último año de servicios teniendo en cuenta los factores salariales pretendidos.

La Universidad demandada, en su recurso arguye que no hay lugar a ordenar la reliquidación con inclusión de todos los factores de salario (especialmente las primas de navidad, de vacaciones y de servicios sobre las cuales nunca cotizó en pensión); exponiendo que el monto actualmente reconocido a favor del demandante es superior al que se ordena pagar en la sentencia de primera instancia.

7.7.2.1 Régimen pensional más favorable al demandante.

En el presente caso, no es objeto de discusión que al demandante, le amparaba el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y que el régimen previo a dicha ley era el previsto en la **Ley 33 de 1985**, el cual establece como requisitos de la prestación económica 20 años de servicio continuos o discontinuos y la edad de 55 años, para obtener pensión

[23] Folios 82-351 Cuaderno 1 y 2
[24] Folios 88-90 Cuaderno 1
[25] Ver folio 91 Cuaderno 1

vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No obstante, para la Sala no son de recibo los argumentos esbozados por el juez primera instancia para ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante en el equivalente devengado en el **último año de servicios,** lo anterior teniendo en cuenta la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado sobre el IBL en el régimen de transición.

Lo anterior es así, pues la decisión objeto de recurso, resulta contraria a lo señalado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que estableció para las personas beneficiarias del régimen de transición 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 efectos de liquidar el IBL, si le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, se calculará el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si fuere superior; y, 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 a dicho reconocimiento.

Para tal efecto, se tendría en cuenta únicamente la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto o tasa de remplazo, entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación – IBL -, componente para el cual debe seguirse lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición. Por lo que el demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama.

Ahora bien, en el plenario se encuentra demostrado que la pensión del demandante fue reconocida aplicando el régimen pensional contenido en la **Ley 100 de 1993** en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto; teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Dicha pensión fue objeto de reliquidación en dos (2) ocasiones, y mediante **Resolución No. 1538 de 2011**, se dio aplicación a lo estatuido en el artículo 36 de la **Ley 100 de 1993**, modificado por el artículo 4° de la Ley 860 de 2003, teniendo en cuenta para efectos del IBL el tiempo que faltare para adquirir el

derecho a la pensión a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.[26] Y, teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas por el demandante (más de 1.400) determinó el 85% del IBL para su mesada pensional.

Es necesario resaltar que, en la resolución de reconocimiento de la prestación económica a favor del demandante se establece que el mismo adquiere el status de pensionado al cumplimiento de la edad de 55 años, es decir, a partir el 13 de abril de 2003, aplicando lo reglado en la Ley 100 de 1993; que, en lo atinente a este requisito exigido en la Ley 33 de 1985 se cumplía en esa misma fecha.

Así las cosas, es claro para la Sala, que el régimen aplicado por la demandada (Ley 100 de 1993), al momento de reliquidar la pensión de jubilación del señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO, le resulta más favorable, teniendo en cuenta que la tasa de remplazado aplicada es del 85%, muy superior a la establecida en la Ley 33 de 1985 (75%). Máxime porque, como ya se explicó, no es posible aplicarle al demandante, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985 de manera íntegra, como es su pretensión.

7.7.2.2. Sobre la inclusión de factores salariales pretendidos.

La Sala, de las pruebas antes relacionadas, puede verificar que la Universidad de Cartagena en lo atinente a los factores salariales, al momento de ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del actor, resolvió lo siguiente:

1. Se tuvo los factores salariales de sueldo devengado y bonificación por servicios prestados, devengados durante los últimos 7 años, 9 meses y 13 días laborados, comprendidos entre el 17 de septiembre de 1999 y el 30 de junio de 2007, fecha en la que se produjo el retiro del servicio del actor; al reconocer la pensión vitalicia de jubilación al demandante en cuantía de $2.771.286, mediante Resolución N° 3035 de 18 de diciembre de 2003.[27]

---

[26] Para el presente caso, por ser el demandante un servidor público del orden Departamental, la Ley 100 entró en vigencia el día 30 de junio 1995, conforme lo reglado en el Decreto 1068 de 1995, artículo 1°.

[27] Folios 10-12 Cuaderno 1

2. Mediante Resolución No. 2321 de 2007, se ordenó reliquidar la pensión de vejez reconocida mediante Resolución No. 3035 de 2003, teniendo en cuenta .como factores de salario el sueldo más gastos de representación y bonificación por servicios prestados.[28]

3. Mediante Resolución 1538 de 27 de abril de 2011 "Por medio de la cual se resuelve una solicitud de reliquidación pensional"[29], se consideró improcedente incluir las bonificaciones por inhabilidad y las primas de navidad y de servicios, solicitadas por el demandante, por no estar contempladas en el Decreto 1158 de 1994.

En la petición adiada 19 de junio de 2015, elevada por el señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO a través de apoderado judicial, solicita la reliquidación de la pensión de jubilación para efectos del IBL, incluir los factores de salario que le fueron pagados durante el último año de servicio, señalando **(i)** gastos de representación, **(ii)** prima de servicio, **(iii)** prima de vacaciones, **(iv)** prima de navidad y **(v)** bonificación por servicios prestados. Solicitud que es resuelta de manera negativa por parte de la Universidad de Cartagena mediante Resolución 00007 de 19 de enero de 2016[30], pero este acto fue expedido con posterioridad a la notificación de la demanda presentada contra el acto ficto, por ello, el juez de primera instancia no declaró la nulidad de dicha resolución siguiendo lo dispuesto en el artículo 83 del CPACA.

Observa la Sala que, en el caso bajo estudio, se encuentra demostrado que la pensión de jubilación del actor se reliquidó teniendo en cuenta los factores de salario de asignación mensual, gastos de representación y bonificación por servicios prestados; no obstante no es dable incluir para efectos de la liquidación los factores pretendidos (primas de servicio, vacaciones y navidad), por no encontrarse enlistadas en el Decreto 1158 de 1994, norma transcrita en precedencia. Además, porque sólo deben tenerse en cuenta a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones.

El A- quo, al ordenar en la sentencia apelada que se reliquidara la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores devengados y

[28] Ver folio 20 Cuaderno 1
[29] Folios 22-24 Cuaderno 1
[30] Folios 88-90 Cuaderno 1

que se tuviera como periodo para determinar el IBL el último año de servicios, violó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya interpretación debió efectuar en los términos que finalmente adoptó la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que este Tribunal adopta y prohíja.

Por lo anterior, se revocará el fallo apelado de 27 de septiembre de 2016, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual accedió a las pretensiones de la demanda; en su lugar, se denegaran las mismas.

7.8. Conclusión

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, puesto que, la pensión del accionante si bien es cierto goza del régimen de transición, contemplado en la Ley 100 de 1993, conservó en beneficio del mismo la aplicación de la norma anterior sólo para efectos de edad, tiempo de servicio y tasa de remplazo (75%); pero, el ingreso base de liquidación, debería promediarse, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de lo que le faltare, es decir tomando lo reglado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo que el IBL, no fue cobijado por dicha transición; resultando más favorable para el actor la pensión de jubilación reconocida por la Universidad demandada.

Bajo ese entendido, no es posible aplicarle al señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele lo establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

VIII. COSTAS

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación no condenará en costas, toda vez que la decisión adoptada en esta instancia es favorable para la parte recurrente.

IX. DECISIÓN

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

X. FALLA

PRIMERO: **Revocar** la sentencia de primera instancia, proferida el 27 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia, conforme a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones elevadas por el señor PRISCILIANO MARTÍNEZ JARAMILLO, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido contra la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: No condenar en costas de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: 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 considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 052

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

AUSENTE CON PERMISO

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE