



Cartagena de Indias, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2016-00111-01
Demandante	MIGUEL ENRIQUE DÍAZ VARGAS
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
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 el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 23 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor MIGUEL ENRIQUE DÍAZ VARGAS, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

2.3. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, MIGUEL ENRIQUE DÍAZ VARGAS, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la UGPP, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 1-19 cdno 1



2.4. Pretensiones

"1.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 44348 del 31 de agosto de 2006, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión social EICE – Cajanal reconoce una pensión mensual vitalicia de vejez y la Resolución No. RDP-0042595 del 16 de octubre de 2015, por medio de la cual se niega una reliquidación de pensión.

2.- Que como consecuencia de la declaración de NULIDAD se condene a título de restablecimiento del derecho a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) a **reliquidar la pensión de sobreviviente** del señor MANUEL ENRIQUE DÍAZ VARGAS, causada por la señora MARITZA COLON DE MARRUGO de conformidad a lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985 en concordancia con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

3.- Se condene a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) a reconocer y pagar al señor MIGUEL ENRIQUE DÍAZ VARGAS las mesadas retroactivas causadas y no pagadas.

4.- Se condene a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), aplicar a las mesadas pensionales causadas la Indexación Pensional.

5.- Se condene a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), cancelar al señor MIGUEL ENRIQUE DÍAZ VARGAS, las costas y agencias en derecho."

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.5 Hechos

El demandante expone que mediante Resolución No. 4483 del 31 de agosto de 2006 la Caja Nacional de Previsión Social – EICE, reconoció pensión de vejez a la señora MARITZA COLON DE MARRUGO, en cuantía inicial de \$652.797,19, correspondiente al 75% del ingreso base de cotización del salario devengado en los últimos diez años entre el 01 de enero de 1996 y el 30 de diciembre de 2005, efectiva a partir del 04 de enero de 2006.

Que la señora MARITZA COLON DE MARRUGO laboró al servicio de la ESE Hospital de San Pablo de Cartagena desde el 29 de agosto de 1985 hasta el día 31 de agosto de 2007, ocupando a la fecha de retiro el de Operaria de servicios generales.

Que para efecto de la liquidación del ingreso base de liquidación de su pensión de vejez, se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, es decir, se determinó el ingreso base de liquidación con fundamento en lo devengado por el trabajador durante los últimos diez (10) años entre el 01 de enero de 1996 y el 30 de diciembre de 2005, pero solo aquellos factores salariales tenidos en cuenta



para efectos de sufragar los aportes a la seguridad social, como la asignación básica, la bonificación de servicios prestados, prima de antigüedad y el recargo nocturno; lo que ocasionó que la primera mesada pensional fuera inferior al promedio de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio.

Sostiene que, mediante Resolución No. RDP050148 del 29 de octubre de 2013, la demandada reconoció pensión de sobreviviente al señor MIGUEL ENRIQUE DÍAZ VARGAS, con ocasión al fallecimiento de la señora MARITZA COLO DE MARRUGO.

Agrega que la causante era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia dicha ley contaba con más de 35 años de edad y siendo servidor público se le debió aplicar la ley 33 de 1985 y liquidar su primera mesada pensional con el promedio de los factores salariales devengados en su último año de servicio.

Por último, manifiesta que con Resolución No. RDP042595 del 16 de octubre de 2015 la UGPP negó al sustituto pensional la solicitud de reliquidación de pensión de vejez causada por la señora MARITZA COLON DE MARRUGO.

2.6. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Nacional, artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 83.
- Ley 100 de 1993, art. 36 y 150
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985

2.6.1 Concepto de la violación

Expone el demandante, que la demandada UGPP ha atentado contra los principio orientadores de las actuaciones administrativas al no otorgar a la señora MARITZA COLON DE MARRUGO su pensión conforme a la norma legal que regula su derecho pensional.

Arguye que el acto acusado viola flagrantemente los artículos que consagran los derechos fundamentales en nuestra Constitución Nacional en materia de pensiones, como el derecho irrenunciable a la Seguridad Social contenido en su artículo 48.



Hace referencia a sentencia de la sección segunda del Consejo de Estado de fecha 28 de enero de 2010, con radicado 25000-23-25-000-2003-002267-01 (1569-08) y expone que tiene derecho a la reliquidación de la pensión que le fue sustituida incluyendo los factores salariales devengados por la causante durante el año anterior al retiro definitivo del servicio y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al momento de efectuar la liquidación de la prestación.

Por último, expone que la primera mesada pensional de la señora MARITZA COLON DE MARRUGO fue inferior al promedio de todos los factores salariales devengados durante el año de servicio en que le fue reconocido su derecho, por lo cual, a su juicio, se debió realizar la liquidación teniendo en cuenta los factores legalmente devengados por la causante durante el último año de servicios, con una mesada pensional equivalente al 75% del IBL.

2.7 Contestación de la UGPP²

La parte demandada se opone a la prosperidad de las **pretensiones**, argumentando que las mismas carecen de cualquier fundamento de orden legal y fáctico. Que las resoluciones demandadas se encuentran debidamente motivadas y ajustadas a derecho, TODA VEZ QUE EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN VEJEZ le fue aplicado el régimen legal correspondiente al caso concreto de la parte demandante.

Arguye que en las resoluciones demandadas se incluyen los factores salariales de acuerdo a la ley, que no debe confundirse el concepto de salario con el de factor salarial.

Agrega, que la Unidad ha expuesto su posición en ser exegético en la aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta. Que en cuanto a los factores salariales son los estipulados en el Decreto 1158 de 1994 por lo cual no es de recibo la pretensión de reliquidar la pensión en la cuantía mencionada y en el caso hipotético de aceptar la pretensión la misma se encuentra prescrita.

Que de manera anual, la Unidad practica los reajustes anuales de acuerdo con lo establecido por el Gobierno Nacional por lo cual no es procedente la actualización que ya se realizó conforme al IPC anual. Que Cajanal EICE hoy UGPP reconoció la pensión de vejez al demandante conforme al régimen legal aplicable a la fecha de

² Folio 57-66



adquisición del status jurídico de pensionado. Que los factores base de liquidación lo componen aquellas sumas que fueron objeto de cotización por parte del afiliado y que se encuentran definidos en el Decreto 1158 de 1994.

La UGPP manifiesta su conformidad con los **hechos** 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, y 8º planteados por la parte actora; en cuanto a los hechos 5º y 7º, no los acepta y expone que dichos hechos contienen consideraciones o interpretaciones de la parte demandante esbozando fundamentos jurídicos que nos dables exponerlos en éste acápite, pues considera que contienen elementos de lo pretendido.

Como **excepciones** de fondo la parte demandada propuso las de prescripción, inexistencia de la causa petendi y cobro de lo no debido, falta de derecho para pedir, buena fe, inexistencia de la indexación para el caso, genérica e innominada.

Así mismo propone la excepción de falta de cotización de los factores salariales, fundamentada en que la demandante no actúa conforme a derecho al solicitar el pago de factores salariales de los cuales no realizó aportes para pensión. Sostiene que, como es sabido las pensiones se reconocen con base en los descuentos que se realizaron durante la vida laboral y en el caso hipotético que el demandante se le incluyera la totalidad de los factores salariales deberá regresar al fondo de pensiones los descuentos que no realizó de manera actualizada; por lo cual, en cuanto a los factores salariales no es posible reconocer factores salariales a los cuales no se les realizaron descuentos por ende no adeuda suma alguna.

2.7.1 Razones de la Defensa

La entidad demandada explica que respecto al caso en concreto, y siendo que trata sobre el régimen aplicable al demandante, sostiene que uno de los objetivos de la Ley 100 fue buscar la unificación de los diferentes regímenes pensionales que existían con anterioridad a su vigencia, pero, con el objeto de no afectar las situaciones próximas a consolidarse se estableció el régimen de transición, a fin de permitir la aplicación gradual del nuevo sistema de pensiones.

Resalta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo examinado por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-410 de 1994, C – 168 de 1995, C- 596 de 1997 y C – 058 de 1998, así como los Autos de fecha 13 de septiembre de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil y No. 206 del 3 de octubre de 2005 M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, en los cuales se ha



declarado la exequibilidad de los incisos 1, 2 y 3 del artículo, excepto la parte final de éste último artículo. Por ello, afirma la demandada, todos los parte del régimen de transición que han sido declarados ajustados a la Constitución Política, deberían aplicarse en su totalidad, a todos los servidores públicos que cumplan los requisitos exigidos para ello, con el fin de que se cumpla con el propósito unificador de las condiciones de reconocimiento que se pretendieron con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Agrega que, por varios años las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestaciones Definida (CAJANAL, ISS, y CAPRECOM) han venido aplicando en sus decisiones administrativas, así como en los argumentos esbozados en la defensa judicial el criterio de que el reconocimiento y la liquidación de las pensiones del régimen de transición se realizaba únicamente respetando los beneficios de edad, tiempo y monto (entendido este último como el porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación para determinar el valor de la pensión) del régimen pensional de que era beneficiario el titular del derecho, por lo que la liquidación se realizaba conforme con lo establecido en el inciso 3 del citado artículo 36, es decir, con el tiempo que le hacía falta para cumplir el status pensional o con los últimos 10 años devengados, según fuese el caso, tomando como factores de liquidación, los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta que las cotizaciones al Sistema General de Pensiones se realizaban sobre estos emolumentos por disposición expresa, quedando excluidos de la base de cotización los demás factores que no se encontraban allí contemplados, y por cuanto al servidor público solo es permitido actuar dentro del marco de la Constitución y la Ley.

No obstante la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que el régimen de transición de la Ley 100, comprende la edad, el tiempo y el modo del régimen pensional que se venía cotizando, entendiendo este último, no solo como un porcentaje, sino como un conjunto de conceptos, que incluye la manera y el tiempo de liquidación (I.B.L.) que disponía cada régimen pensional, así como los factores a tener en cuenta al momento de realizar el reconocimiento de la pensión.

Sin embargo, esta posición no ha sido uniforme en la Jurisprudencia, pues la Corte Suprema de Justicia, ha señalado en reiterados fallo que el régimen de transición comprende únicamente la edad, el tiempo de servicio y el momento, entendido este último como el porcentaje de la pensión que establecía el régimen anterior, por lo que la liquidación se calcula con base en lo preceptuado por el inciso 3º del artículo 36 de la



Ley 100, es decir, con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciera falta o con los últimos 10 años según sea el caso.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición, y por tanto, son las reglas contenidas en aquel régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

De otro lado, resaltó que mediante auto A- 326 de 2014, por el cual resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo, año, el máximo tribunal constitucional reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C- 258 de 2013, en la que por primera vez se analizó el IBL, en el sentido 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 solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

Solicita la demandada se aplique la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU 230 de 2015, en la cual la Sala plena volvió a sentar las bases para la interpretación del régimen de transición, señalando que dicho régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservó para sus beneficiarios la aplicación de la norma anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación.

Explica que si se accede a cancelar los factores salariales deprecados, se transgrede el principio de sostenibilidad presupuestal, consagrado en el artículo 1 del acto legislativo 001 de 2005, principio que llama a la cordura y a la razonabilidad del sistema presupuestal, ya que debe existir coordinación ente los emolumentos y los egresos.

Por último, la parte demandada solicita se desestimen cada una de las pretensiones propuestas por la parte demandante.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 23 de febrero de 2017, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida

³ Folio 78-91





a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda, en aplicación de la tesis planteada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 230 de 2015.

Al respecto, el Juzgador de primera instancia estimó que con el advenimiento del criterio de interpretación proveniente de la Corte Constitucional, tratándose de una sentencia de unificación, la misma tiene la fuerza vinculante prevista por el artículo 10 de la ley 1437 de 2011 y la sentencia C-818 de 2011 de la Corte Constitucional, por lo que acoge dicho criterio en virtud del cual la nueva subregla a aplicar es que el IBL no fue un aspecto sometido a la transición.

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, el A quo determinó 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, en concordancia con el artículo 21 de la misma norma, por lo que concluyó que la reclamación de reliquidación pensional del actor, 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.

En cuanto a los factores salariales, consideró que son los de asignación básica, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados y remuneración de trabajo suplementarios, los cuales fueron tenidos en cuenta por la entidad demandada. Por todo lo anterior, negó las pretensiones de la demanda.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito de 08 de marzo de 2017, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, manifestando que todo juez debe ser consistente con sus decisiones, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas fórmulas de juicio, con respeto del precedente y el reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones judiciales adoptadas por órganos cuya función es unificar jurisprudencia.

Hace alusión a la sentencia proferida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Radicación número 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), y sostiene que el juez inobservó la sentencia T-615 de noviembre de 2016 dictada por la Corte Constitucional

⁴ Folios 93-97





en un caso en que se negó la tutela de los derechos fundamentales deprecados por la UGPP, en un caso que se debatía sobre una reliquidación de pensión con fundamento en la ley 33 de 1985, el cual culminó con el restablecimiento del derecho del demandante.

Arguye que, conforme lo señala la Corte Constitucional, la reliquidación de las pensiones reconocidas con fundamento en la ley 33 de 1985 y que fueron reconocidas antes de la sentencia C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y 427 de 2016, por ser derechos adquiridos, deben ser reliquidadas conforme a los lineamientos jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado en la sentencia con radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) de 4 de agosto 2010 dictada por la sección segunda.

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que, siendo que la resolución No. 44348 data de 31 de agosto de 2006, por medio de la cual fue reconocida pensión de vejez a la señora MARITZA COLON DE MARRUGO, se debió ordenar a título de restablecimiento del derecho, su reliquidación, incluyendo todos los factores laborales devengados en su último año de servicios; por lo que solicita se revoque la sentencia apelada.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 28 de marzo de 2017⁵ se concedió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, con providencia del 08 de agosto de 2017⁶, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con auto del 18 de diciembre de 2017⁷, 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 no presentó escrito de alegatos.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 25 de enero de 2018, ratificándose en los argumentos de la contestación y expone que resulta viable por su procedencia legal, confirmar la sentencia de primera instancia.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

⁵ Folio 98-100 Cdn. 1

⁶ Folio 4 C. 2ª instancia

⁷ Folio 8 C 2ª instancia

⁸ Folios 11-20 C 2ª Instancia



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.

7.3. Actos administrativos demandados.

Resolución No. 44348 de 31 de agosto de 2016, emanada de la Caja Nacional de Previsión Social EICE, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez a la causante, señora MARITZA COLON DE MARRUGO.⁹

Resolución No. RDP – 0042595 del 06 de octubre de 2015, por medio de la cual se niega la reliquidación postmortem de la pensión de vejez solicitada por el señor MIGUEL ENRIQUE DÍAZ VARGAS.¹⁰

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 postmortem de la pensión de vejez reconocida a la señora MARITZA COLON DE MARRUGO, 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 postmortem solicitada por el demandante, es el previsto en la ley 33 de 1985, como lo estima la parte actora, o el consagrado en el inciso 3º. del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 de Ibídem, conforme a lo decidido en sentencia de primera instancia?

⁹ Folios 15-19 Cdno. 1

¹⁰ Folios 23-24 Cdno. 1



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 confirmará 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 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 1º 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.

La Sala precisará la norma anterior a la Ley 100 de 1993 que regulaba la situación pensional del actor para efectos de establecer la cuantía de la prestación que se le debió reconocer.

7.6.2 Régimen pensional aplicable 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 1º 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) si 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"

El artículo 3º ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:



"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcularlos aportes".

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 pacífica 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 250002325000200607509 01 (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 1992,¹¹ cuyo texto es el

¹¹Ley 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.*





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 decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

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 1º 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 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.

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.

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 No. 44348 de 31 de agosto de 2016, emanada de la Caja Nacional de Previsión Social EICE, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez a la causante, señora MARITZA COLON DE MARRUGO, en cuantía de \$652.797,19, a partir del 04 de enero de 2006. La liquidación se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, entre el 01 de enero de 1996 y el 30 de diciembre de 2005.¹²
- Resolución No. RDP 050148 de 29 de octubre de 2013, por medio de la cual se reconoce una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora MARITZA COLON DE MARRUGO, a partir del 08 de mayo de 2013, en la misma cuantía devengada por el causante en un 100% de la pensión reconocida¹³
- Resolución No. RDP – 0042595 del 16 de octubre de 2015, por medio de la cual se niega la reliquidación postmortem de la pensión de vejez solicitada por el demandante, señor MIGUEL ENRIQUE DÍAZ VARGAS¹⁴
- Certificado suscrito por el Jefe de Departamento de Recursos Humanos Y Tesorero de la ESE Hospital San Pablo de Cartagena, mediante la cual hace constar que la señora Maritza Colon de Marrugo laboró en esa institución desde el día 29 de agosto de 1985 hasta el 31 de agosto de 2007, desempeñando el cargo de operaria de Servicios Generales y sus aportes por concepto de pensión fueron remitidos a la Caja Nacional de Previsión – CAJANAL.¹⁵
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Maritza Colon De Marrugo.¹⁶

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 efectuó el actor a la entidad accionada para obtener la reliquidación postmortem de la pensión de vejez reconocida a la señora Maritza Colon de Marrugo, como beneficiaria del régimen de transición, con un monto en el que se

¹² Folios 15-19 Cdn. 1

¹³ Folios 20-22 cdno. 1

¹⁴ Folios 23-24 cdno. 1

¹⁵ Folios 25-28 cdno. 1

¹⁶ Folio 31 Cdn. 1



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.

La Sala, de las pruebas antes relacionadas puede concluir que, la señora Maritza Colon de Marrugo al 01 de abril de 1994 tenía 8 años y 8 meses de tiempo de servicio, y 43 años de edad, lo que la convierte en una persona beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993; lo que significa que debía aplicarse para efecto del IBL, el artículo 21 o el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993. En los demás aspectos, como es la edad (55 años), tiempo de servicio (20 años) y la tasa de remplazo 75% del régimen anterior que no es otro que el regulado en la leyes 33 y 62 de 1985, tal como se dijo en párrafo anterior.

Como quiera que la edad la cumplió el día 4 de enero de 2006, fecha en que cumplió 55 años de edad, y los 20 años de servicio los había cumplido el 29 de agosto de 2005, puesto que entró a trabajar, según los certificados antes relacionados, el 29 de agosto de 1985, el artículo aplicable para liquidar su IBL es el artículo 21 de la ley 100 de 1993 que consagra el promedio de los salarios de los últimos 10 años de servicios, con los factores consagrados en el Decreto 1158 de 1994, tal como lo dijo la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado.

De acuerdo con dicha jurisprudencia, examinada previamente, a la liquidación del derecho pensional de la causante Maritza Colon de Marrugo, debió aplicarse la Ley 33 de 1985, teniendo 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. Además solo 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.

Por lo anterior, no es posible aplicarle a la pensión reconocida a la señora Maritza Colon de Marrugo, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985 de manera íntegra, como es la pretensión del demandante en calidad de supérstite, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

El A- quo, negó las pretensiones de la demanda bajo las consideraciones de que la situación pensional del demandante se encuentra sujeta al



régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en cuanto a los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto (porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión), pero el ingreso base de liquidación (IBL) debe ceñirse a lo previsto en la ley 100 de 1993, interpretación que es acorde con 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 confirmará el fallo apelado de fecha 23 de febrero de 2017, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual negó las pretensiones de la demanda.

7.8. Conclusión

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, puesto que, la pensión reconocida a la señora Maritza Colon de Marrugo (posteriormente reconocida a favor del demandante Miguel Enrique Díaz Vargas en calidad de cónyuge o compañero sobreviviente), goza del régimen de transición, contemplado en la Ley 33 de 1985, sólo para efectos de edad, tiempo de servicio y tasa de remplazo (75%); pero, el ingreso base de liquidación, tal como se anotó en el acto acusado, se promedió, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años, es decir tomando lo reglado en la Ley 100 de 1993, puesto que el IBL, no fue cobija por dicha transición.

Bajo ese entendido, no es posible aplicarle a la situación pensional del señor MIGUEL ENRIQUE DÍAZ VARGAS, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada

7.9 Costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual 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 confirmar la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

VIII.- DECISIÓN

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

IX.- FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 23 de febrero de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia, conforme a lo anteriormente expuesto.

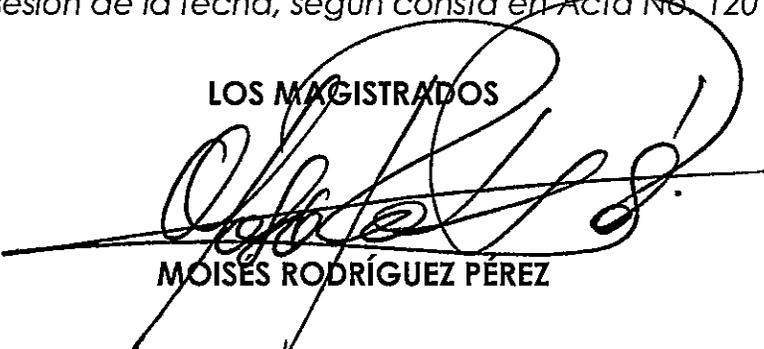
SEGUNDO: No condenar en costas de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

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 considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 120

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
En uso de permiso

100

100

100

100

100

