Cartagena de Indias D.T y C., Diecinueve (19) de julio de dos mil dos mil diecinueve (2019).

Acción	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2016-00145-01**
Demandante	**RAFAEL CARRASQUILLA MARTÍNEZ**
Demandado	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	*Reliquidación pensional – solicita la aplicación de la Ley 33 de 1985 con el 75% de todos los factores salariales del último año de servicios – Aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2018.*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia 16 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió acceder a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por RAFAEL CARRASQUILLA MARTÍNEZ, 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 la Protección Social - UGPP.

2.1. La demanda[1].

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor RAFAEL CARRASQUILLA MARTÍNEZ, 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 1-16

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 28757 del 21 de diciembre de 2001, expedida por la UGPP, por medio de la cual se concede una pensión al señor RAFAEL CARRASQUILLA MARTÍNEZ.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad total de la Resolución 08234 del 29 de abril de 2003, la Resolución RDP 044975 del 29 de octubre de 2015 y la Resolución RDP 005983 del 11 de febrero de 2016, por medio de la cual se le niega el reconocimiento de la reliquidación pensional al señor RAFAEL CARRASQUILLA MARTÍNEZ.

SEGUNDO: Como restablecimiento del derecho, que se condene a la UGPP a lo siguiente:

2.1. Reconocer la Reliquidación de la pensión del actor, con fundamento en el 75% del valor de los salarios devengados durante el último año de servicios de conformidad con lo establecido en la Ley 6ta de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 4ª de 1966, Decreto 1045 de 1978 y 71 de 1988.

2.2. Se ordene, en virtud de la liquidación anterior, el pago del retroactivo desde el 11 de abril de 2002, hasta que se haga efectivo el respectivo pago.

4.3. Que sobre las sumas reconocidas, se realicen ajustes de valor con fundamento en el art. 187 del CPACA. Que se reconozcan intereses moratorios en favor del actor, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

2.3 Hechos

Expone el peticionario, que nació el 1 de marzo de 1947, y laboró al servicio de la Seccional de Salud de Bolívar durante 25 años, 5 meses y 21 días, así:

Desde	Hasta
1 de septiembre de 1969	28 de febrero de 1971
1 de marzo de 1971	30 de abril de 1976
1 de agosto de 1982	17 de agosto de 1985
1 de diciembre de 1985	30 de diciembre de 1999

1 de enero de 2000	10 de abril de 2002

Manifiesta que, por medio de Resolución 28757 del 21 de diciembre de 2001, Cajanal le reconoció una pensión vitalicia, teniendo en cuenta el régimen de transición contemplado en la Ley 100/93 y la Ley 33 de 1985; que, para liquidar la mesada pensional, se tomó en cuenta el periodo desde el año 1994, hasta el 2002, sin indicar los factores salariales aplicados.

Precisa, que su relación laboral con el Departamento de Bolívar finalizó el 10 de abril de 2002, por lo que para liquidar el IBL debió tomarse lo devengado durante el último año de servicio y todos los factores salariales.

Añade que, mediante derecho de petición solicitó en reiteradas ocasiones la reliquidación de su pensión, sin embargo, tal pretensión fue denegada por medio de los actos administrativos aquí demandados.

2.4 Contestación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP[2]..

Esta entidad se pronunció frente a los hechos de la demanda, manifestando que la mayoría de ellos son ciertos; sin embargo expresó que se oponía a las pretensiones del actor toda vez que no es procedente tener en cuenta, para la liquidación de su pensión todos los factores salariales por él devengados, sino solo aquellos sobre los cuales se efectuó cotización al sistema.

Indica, que la entidad se mantiene en su decisión de aplicar de manera exegética el art. 36 de la Ley 100/93, la cual encuentra respaldo en las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y deben ser aplicadas como precedentes por los Jueces de la República de Colombia.

Explica, que no procede la indexación anual con base en el IPC, puesto que la UGPP aplica los mismos de manera anuales de acuerdo con lo establecido por el Gobierno Nacional.

Como mecanismo de defensa, la UGPP propuso las siguientes excepciones: i) prescripción, ii) inexistencia de causa pretendi o cobro de lo no debido, iii) falta

[2] Folio 50-61 c. 1

de derecho para pedir, iii) buena fe, iv) falta de cotización, v) inexistencia de indexación.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[3]

Por medio de providencia de 16 de mayo de 2017, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda.

Al respecto, el Juez A quo manifestó que con apego a la jurisprudencia del Consejo de Estado, considera que el inciso 3° del art. 36 de la Ley 100/93 no debió aplicarse en este caso, puesto que el señor Carrasquilla Martínez, es beneficiario del régimen de transición, por lo que se debe aplicar el régimen anterior en su integralidad, esto es, la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, que no permite que el operador jurídico utilice simultáneamente dos disposiciones diferentes sobre un mismo tema, tomando de ella lo que resulte más favorable.

Explicó, que en virtud del principio de favorabilidad es posible tomar el IBL de los últimos 10 años, siempre y cuando se verifique que resulta más beneficioso para el actor, lo que no es el caso; por lo que decidió declarar la nulidad de los actos demandados, y ordenar la reliquidación pensional con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales.

De igual forma dispuso que se realizaran los descuentos de por los factores sobre las cuales no se efectuó cotización al sistema pensional; decretó la prescripción de las mesadas anteriores al 24 de junio de 2012.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra de la providencia de primera instancia, manifestando que debe revocarse la misma en atención al precedente fijado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU 230 de 2015 y ss, en la cual se establece que el IBL no es un aspecto sujeto a la transición del art 36 de la Ley 100 de 1993.

[3] Folio 92-100 c.1
[4] Folio 102-108 cdno 1

Manifiesta que no comparte el argumento de primera instancia pues, el art. 36 de la Ley 100 de 1993 ha sido sometido a diferentes estudios de constitucionalidad, encontrándose, siempre, ajustado a derecho; en virtud de lo anterior, a quienes gozan de dicho beneficio, se les debe tener en cuenta solo el tiempo, la edad y la tasa de reemplazo para liquidar la pensión, pero el IBL y los factores salariales, deben ser siempre los establecidos en la Ley 100/93 y el Decreto 1158/94.

Sostiene que la jurisprudencia del Consejo de Estado, es contraria a las decisiones emitidas por la Corte Constitucional, resultando ser lesivas para el principio de sostenibilidad presupuestal y al principio de solidaridad social.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por medio de acta del 10 de agosto de 2017[5], se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que con auto del 13 de febrero de 2018[6], se dispuso la admisión correspondiente; y, con providencia del 17 de abril de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión[7].

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: no presentó alegatos.

6.2. Alegatos de la parte demandada[8]: La parte accionada presentó su escrito de alegados ratificándose en los argumentos del recurso.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la segunda 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

[5] Folio 2 cdno apelaciones
[6] Folio 4 cdno apelaciones
[7] Fol. 8 cdno apelaciones
[8] Fol. 11-21 cdno apelaciones

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 28757 del 21 de diciembre de 2001, expedida por la UGPP, por medio de la cual se concede una pensión al señor RAFAEL CARRASQUILLA MARTÍNEZ.

- Resolución 08234 del 29 de abril de 2003, por medio de la cual Cajanal reliquida la pensión del actor.

- Resolución RDP 044975 del 29 de octubre de 2015 por medio de la que se le niega una nueva reliquidación

- Resolución RDP 005983 del 11 de febrero de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la decisión anterior.

7.4 Problema jurídico.

Teniendo en cuenta que el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, el cual se circunscribe a atacar la sentencia de primera instancia en lo referente a la reliquidación pensional del actor con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio; esta Corporación, fijará el problema jurídico a resolver, así:

> *¿Es procedente ordenarle a la UGPP la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, incluyendo en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo?*

7.5 Tesis de la Sala

La Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser revocada atendiendo los siguientes argumentos:

El demandante no tiene derecho a que se le reconozca la reliquidación de su pensión con fundamento en el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio; como quiera que el art. 36 de la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiario, no incluye el IBL como parte del régimen de transición.

Lo anterior quiere decir, que para calcular el IBL del accionante, se deben tener en cuenta los últimos 10 años de servicios o lo que le faltare para obtener el derecho, contado desde la entrada en vigencia de la Ley 100/93; no el último año de servicio conforme la ley 33/85; pues de esta última norma, solo se aplica es la edad y el tiempo de servicio (55 años de edad y 20 años de servicio).

En cuanto a los factores salariales, el precedente establecido por el Consejo de Estado dispone, que deben tenerse en cuenta solo los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994; y, sobre los cuales el actor demuestre que cotizó.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1. Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual señala que: *"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 sin 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..."*.

Como se desprende de la norma transcrita, quienes para el 1° de abril de 1994, término de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados,

esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

Baste ratificar entonces, que una vez determinada la condición de una persona como beneficiaria del régimen de transición, se impone la aplicación plena de la normativa anterior, en este caso de la Ley 33 de 1985, la cual dispuso en su artículo 1°, que el empleado público tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Señaló, además, en su artículo 3°, los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, así:

> *"ARTICULO 3o. 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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
>
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*
>
> *En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."*

La disposición antes referida fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que respecto a los elementos salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, estableció:

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

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

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

En suma, las disposiciones antes transcritas, indicaban que quienes accedan a la pensión de jubilación, al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, su liquidación debía realizarse con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3° de la misma ley, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

7.6.2. Del régimen de transición y el concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales

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.

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.

7.8 Caso concreto

7.8.1 Hechos Probados

- De acuerdo con la copia de la cedula de ciudadanía visible a folio 12[9] del expediente, el señor RAFAEL CARRASQUILLA MARTÍNEZ, nació el 1 de marzo de 1947, por lo que cumplió los 55 años de edad el **1 de marzo de 2002**.

[9] Documento 32 contenido en el CD visible a folio 61 bis

- Que laboró para el Servicio Seccional de Salud de Bolívar, por un término 9385 días que equivalen a 1.340 semanas, en los siguientes periodos (fl. 16 del exped.):

Desde	Hasta	Tiempo de servicio
1 de septiembre de 1969	28 de febrero de 1971	6 años, 7 meses y 29 días
1 de marzo de 1971	30 de abril de 1976	
1 de agosto de 1982	17 de agosto de 1985	3 años y 16 días
1 de diciembre de 1985	30 de diciembre de 1999 *(Hasta el 16 de marzo de 1996)*	14 años y 29 días *(10 años, 3 meses y 15 días)*
1 de enero de 2000	10 de abril de 2002	2 años, 3 meses y 9 días

El requisito de los 20 años de servicio los cumplió el **16 de marzo de 1996.**

- Mediante Resolución 28757 del 21 de diciembre de 2001, CAJANAL EICE le reconoció al actor una pensión, con fundamento en el art. 36 de la Ley 100/93 y Ley 33/85, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de los 5 años y 9 meses de servicio, que era lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 le faltaba al señor Carrasquilla Martínez para pensionarse. Como factores salariales se tuvieron en cuenta los siguientes: asignación básica, bonificación por servicios, prima de antigüedad, recargo nocturno (fl. 32). Para la fecha de este reconocimiento, el demandante contaba con 54 años de edad. En este acto administrativo, se asegura, de manera errada, que el interesado había adquirido el statu pensional el 15 de marzo de 1996[10].

- La pensión anterior, fue reliquidada por medio de Resolución No. 08234 del 29 de abril de 2003, toda vez que el señor Rafael Carrasquilla se retiró del servicio el 10 de abril de 2002. En esta oportunidad, se tuvieron en cuenta, para efectos de liquidación los últimos 8 años de servicio del actor, desde el 01 de abril de 1994, hasta el 10 de abril de 2002; y como factores salariales la asignación básica, bonificación por servicios, prima de antigüedad, recargo nocturno (fl. 16-20)

[10] Cd visible a folio 61 bis

- Que el 21 de enero de 2011, el demandante solicitó una reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales y la indexación de la primera mesada; sin embargo, dicha pretensión fue despachada de manera desfavorable, con Resolución UGM 047594 del 24 de mayo de 2012 (documento No. 60)[11]

- El señor RAFAEL CARRASQUILLA, presentó una nueva petición tendiente a obtener la reliquidación de su pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales, sin embargo, la misma fue rechazada por medio de la Resolución RDP 044975 del 29 de octubre de 2015[12]; la cual fue apelada y resuelta por la Resolución RDP 005983 del 11 de febrero de 2016[13].

- Conforme con el certificado de factores salariales visible a folio 38[14], se tiene que el demandante devengaba, desde 1994 a 2002 los siguientes factores: sueldo básico, auxilio de transporte, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad y recargo nocturno.

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

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene que el señor RAFAEL CARRASQUILLA MARTÍNEZ, laboró como ayudante de enfermería en el Servicio Seccional de Salud de Bolívar, por un periodo aproximado de 26 años, que equivalen a 1.340 semanas (fl. 16).

Que, es beneficiario del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100/93, toda vez que para la fecha en la que éste entró en vigencia - 1° de junio de 1995[15].-, contaba con 48 años de edad, como quiera que nació el 1 de marzo de 1947 (Documento No. 12[16]).

---

[11] Cd visible a folio 61 bis
[12] Folio 22-23 c. 1
[13] Folio 24-28 c. 1
[14] Cd visible a folio 61 bis
[15] CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de marzo de dos mil (2000) Radicación número: 1257 Actor: MINISTRO DEL INTERIOR ***"Para los servidores públicos del nivel territorial, el sistema entró en vigencia en la fecha que determinó la respectiva autoridad gubernamental, o, "a más tardar el 30 de junio de 1995"***
[16] Cd visible a folio 61 bis

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que, conforme con la norma *up supra* y la Ley 33 de 1985, al demandante se le debía tener en cuenta para su pensión, la edad (55 años), un tiempo de servicios de 20 años. Así las cosas, como quiera que el señor CARRASQUILLA MARTÍNEZ cumplió los 20 años de servicio el 16 de marzo de 1996, y la edad de 55 años el 1 de marzo de 2002, se tiene ésta última fecha, como aquella en la que éste adquirió el status pensional. Se evidencia también que al momento de entrar en vigencia la Ley 100/93 (junio/1995), al actor le faltaban 6 años y 9 meses para adquirir el derecho a la pensión, por lo tanto, este es el tiempo que se debe tener en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación.

Ahora bien, la discusión en este caso se centra en lo que corresponde al IBL para el reconocimiento de la pensión de la demandante, pues a juicio de éste, la UGPP debía tener en cuenta el 75% de todos los factores devengados en el último año laborado. Sin embargo, la posición de la parte demandada es que al actor solo le es aplicable el monto de la Ley 33/85 es decir – la tasa de reemplazo – del 75%, y el IBL debe ser calculado con base en los último 10 años o lo que le hiciere falta para adquirir el derecho a la pensión, solo con la inclusión de los factores salariales que establece el Decreto 1158/94.

Como quedó sentado en el marco normativo de esta providencia, el Consejo de Estado ha establecido, por medio de sentencia de unificación del año 2018 que el IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100/93 es el siguiente:

i) A quien le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión (a la fecha en entrada en vigencia de la Ley 100/93), el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello.

ii) O 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.

iii) El IBL debe liquidarse únicamente con los factores salariales sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones o en su defecto, con los establecidos en el Decreto 1158/94

Bajo ese entendido, queda claro para la Sala que al demandante no le asiste derecho a reclamar la reliquidación pensional con base en el último año de salario, puesto que el precedente jurisprudencial es claro en determinar que solo pueden tenerse en cuenta para ello, los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus pensional, desde la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

En este caso concreto se evidencia que, a pesar de que CAJANAL profirió una resolución completamente errada (Resolución 28757 del 21 de diciembre de 2001, que reconoce la primera pensión sin el cumplimiento de los requisitos y con un IBL errado); dicho yerro se subsanó con la expedición de la Resolución No. 08234 del 29 de abril de 2003, pues para esta fecha el demandante sí tenía el derecho consolidado; sin embargo, en esta ultima oportunidad se tuvo en cuanta, para calcular el IBL los últimos **8 años** de servicio del señor Carrasquilla Martínez, desde el 01 de abril de 1994, hasta el 10 de abril de 2002[17], sin tener en cuenta que el periodo que debía ser utilizado para ello, era el de los últimos **6 años y 9 meses**, como ya se había mencionado en esta providencia.

Ahora bien, lo anterior, constituye un asunto nuevo, que no fue demandado en este proceso, por lo que frente al mismo se no se realizará ningún pronunciamiento.

En lo que respecta a los factores salariales, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo sostiene que solo es posible reconocer en la pensión, factores salariales sobre los cuales se hayan realizado aportes al sistema. En el caso bajo estudio se advierte el CD visible a folio 62[18] del expediente, existe un certificado en el que se especifican qué **factores devengaba el actor**, desde 1994 a 2002 los siguientes factores:

- **Sueldo básico**
- Auxilio de transporte
- Prima de servicio
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones
- **Bonificación por servicios**

[17] Folio 16-20 exped.
[18] Documento No. 38 del CD visible a folio 61 del exped.

- **Bonificación por antigüedad**
- **Recargo nocturno**

Sin embargo, se desconoce sobre cuál de estos factores cotizó al sistema de seguridad social en pensiones, sin embargo, conforme con el Decreto 1158 de 1994, era obligatorio cotizar sobre los siguientes conceptos:

> *"ARTÍCULO 1°. El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así:* ***Base de cotización.***
>
> *El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*
> *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****"*

De lo anterior concluye la Sala que al actor se le cotizó sobre: La asignación básica mensual; la prima de antigüedad, remuneración por jornada nocturna (recargo nocturno) y la bonificación por servicios prestados. Ahora bien, de acuerdo con la Resolución No. 08234 del 29 de abril de 2003, dichos factores fueron tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión, por lo que no le existe derecho al actor de reclamar sobre la inclusión de factores adicionales.

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Corporación deberá REVOCAR la sentencia de primera instancia, toda vez que no es posible reliquidar la pensión reconocida al señor RAFAEL CARRASQUILLA MARTÍNEZ con fundamento en el régimen de la Ley 33 de 1985; pues, conforme con la Jurisprudencia Unificada del Consejo de Estado, los factores que se deben tener en cuenta son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, y el IBL es el de los últimos 10 años, o del tiempo de que faltaba para pensionarse a la fecha de entrada en vigencia la Ley 100/93.

Cabe resaltar que, si bien es cierto que esta Corporación advierte que al demandante se le tomó, para calcular el IBL, un periodo mayor al que le correspondía (pues se liquidó con 8 años y en realidad eran 6 años con 9 meses),

ello no constituye el objeto de la presente demanda (el actor solicita reliquidación con el último año), por lo que no puede adoptarse ninguna decisión al respecto en esta oportunidad.

7.9 Conclusión

La respuesta al problema jurídico planteado en esta sentencia es negativa, toda vez que el demandante no tiene derecho a que se le reconozca la reliquidación de su pensión con fundamento en todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio; como quiera que el art. 36 de la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiario, no incluye el IBL como parte del régimen de transición.

Lo anterior quiere decir, que para calcular el IBL del accionante, se deben tener en cuenta los últimos 10 años de servicios o lo que le faltare para obtener el derecho, contado desde la entrada en vigencia de la Ley 100/93; no el último año de servicio conforme la ley 33/85; pues de esta última norma, solo se aplica es la edad y el tiempo de servicio (55 años de edad y 20 años de servicio).

En cuanto a los factores salariales, el precedente establecido por el Consejo de Estado dispone, que deben tenerse en cuenta solo los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994; o aquel sobre los cuales el actor demuestre que cotizó.

En ese sentido, se dispondrá la REVOCATORIA de la sentencia de primera instancia.

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 debido a que la demandante cuando presentó la demanda, estaba amparada en la tesis que sostenía por la jurisdicción contenciosa administrativa en su momento.

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,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 16 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS a la parte accionante en este asunto, toda vez que cuando presentó la demanda estaba amparado en la tesis que sostenía por la jurisdicción contenciosa administrativa en su momento.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No 048 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS **CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**