



Cartagena de Indias D.T y C., cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2017-00153-01
Demandante	CECILIA ROSA CONTRERAS DE QUIRÓS
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
Tema	<i>RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – IBL - art. 36 de la Ley 100 de 1993 – Ley 33 de 1985 - inclusión de factores salariales.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 24 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA¹

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora CECILIA ROSA CONTRERAS DE QUIRÓS instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.2. Pretensiones²

A través de apoderada judicial constituida para el efecto, CECILIA ROSA CONTRERAS DE QUIRÓS, 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 pretensiones:

¹ Fols. 3-8 cdno 1

² Fols. 3-4 cdno 1

1. Se declare la nulidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. RDP 044630 de 29 de noviembre de 2016, notificado electrónicamente el día 14 de diciembre del mismo año, expedido por la UGPP, que negó la reliquidación de la pensión por vejez de la demandante.
2. Se declare la nulidad de la Resolución RDP 008335 de fecha 02 de marzo de 2017, notificado electrónicamente el día 22 de marzo de 2017, expedido por la UGPP, en la que en sede de apelación confirma la decisión tomada por la Resolución RDP 044630 de 29 de noviembre de 2016.
3. Se declare que la extinta CAJANAL al reconocer a través de la Resolución AMB No. 26651 de fecha 06 de junio de 2007 la pensión de vejez de la señora Cecilia Contreras, no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que remuneraron el servicio durante su último año de servicio.
4. Se declare que la extinta CAJANAL al reliquidar la pensión de vejez de la señora CECILIA ROSA CONTRERAS DE QUIRÓS, a través de la Resolución PAP No. 006701 de fecha 19 de julio de 2010, tampoco tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que remuneraron el servicio durante su último año de servicio, comprendido entre el 02 de julio de 2007 hasta el 01 de julio de 2008.
5. Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la UGPP a reliquidar la primera mesada pensional de la señora Cecilia Rosa Contreras de Quirós, incluyendo todos los factores salariales que no fueron tenidos en cuenta en las Resoluciones AMB No. 26651 de 06 de junio de 2007 y PAP No. 006701 de 19 de julio de 2010 expedidas por CAJANAL, y que remuneraron el servicio de la demandante, durante el período comprendido entre el 02 de julio de 2007 hasta el 01 de julio de 2008.
6. Se condene a la UGPP, que para efectos de determinar el IBL debe incluir los factores salariales percibidos en el período ya señalado, actualizando el promedio base de liquidación, teniendo en cuenta que el último día laborado fue el 01 de julio de 2008 y el reconocimiento e inclusión en nómina de pensionados se realizó dos (2) años después.
7. Por último solicita se condene a la demandada al pago de las diferencias salariales dejadas de pagar en la mesada pensional desde el 01 de julio de 2008 y hasta la fecha que se resuelva favorablemente

la demanda, así como las que se causen en adelante; intereses de mora o indexación a la condena, costas y agencias en derecho.

3.1.3. Hechos³

La demandante expone que nació el 25 de octubre de 1945, cumpliendo 55 años el día 25 de octubre de 2000.

Que laboró como servidora pública desde el 31 de enero de 1986 hasta el 01 de julio de 2008, al Servicio Seccional de Salud de Bolívar (8.403 días o su equivalente a 23 años), ocupando como último cargo el de auxiliar del Área de la Salud Código 412.

Que el día 15 de septiembre de 2006, presentó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez ante la extinta CAJANAL, radicada bajo el número 37930/2006. Dicho reconocimiento se hizo mediante Resolución No. 26651 de 06 de junio de 2007, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994; por una cuantía de \$961.606,23, a partir de 01 de agosto de 2006., cuya inclusión en nómina quedó condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio por parte de la demandante, retiro que se dio el día 01 de julio de 2008, para efectos de reconocimiento pensional se estableció que la actora es beneficiaria del régimen de transición.

Que la pensión de vejez de la demandante fue reliquidada mediante Resolución No. PAP 006701 de 19 de julio de 2010, expedida por CAJANAL, incluyendo en nómina a la demandante a partir del 01 de julio de 2008, por una cuantía de \$1.031.624,89; desconociendo factores salariales como subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad y el promedio de recargos mensuales.

El día 14 de julio de 2016, radicó solicitud de reliquidación pensional ante la UGPP, bajo el número SOP201601021870, reconocimiento que fue negado a través de la Resolución No. RDP 044630 de 29 de noviembre de 2016.

³ Fols. Reverso 3-4 cdno 1

Por último, refiere que, contra la Resolución No. RDP 044630 de 29 de noviembre de 2016, interpuso recurso de apelación; la cual fue resuelta mediante Resolución No. RDP 008335 de fecha 02 de marzo de 2017 confirmando la decisión inicial, ambas expedidas por la UGPP.

3.1.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Nacional, artículo 53
- Decretos 1042 y 1045 de 1978
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Ley 100 de 1993, artículos 21, 34 y 36

Expone el demandante, que la UGPP yerra al tratar de aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional C – 258 de 2013 para resolver el caso concreto, toda vez que la *ratio decidendi* de dicha sentencia , sólo contempló el régimen de los congresistas y magistrados de altas cortes, que corresponden a las pensiones altas subsidiadas en un alto porcentaje con recursos públicos; y en el caso concreto nos encontramos ante una pensión que no supera los dos (2) salarios mínimos que de ninguna manera es subsidiada, sino financiada con sus aportes y los de su empleador por más de 23 años de servicio; por lo que de ninguna manera debe tenerse como precedente jurídico al caso en concreto.

Expone que, la posición de la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y en la SU-230 de 2015, que también es soporte base de la decisión de la UGPP, resulta igualmente regresiva frente a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado acogida en las sentencias de unificación del 04 de agosto de 2010 Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado y en sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016 Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, construidas sobre los principios de progresividad y no regresividad de la Ley laboral, favorabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formas, consagrados en normas constitucionales.

Por último alega que, su derecho pensional se consolidó desde el 10 de febrero de 2005, es decir antes del 07 de mayo de 2013 fecha en que se profirió la Sentencia C-258 por la Corte Constitucional , por lo que la misma

no debe aplicarse al presente caso, sino los criterios establecidos en el tiempo de causación del derecho, es decir, los criterios que sobre IBL establecen las Leyes 33 y 62 de 1985, así como las sentencias de unificación de 04 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 del Consejo de Estado.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA UGPP⁴.

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que son ciertos los hechos expuestos en la misma, con excepción de aquellos en los que se hace alusión a consideraciones o interpretaciones jurídicas frente a la norma aplicable a la demandante con respecto al régimen de transición.

En cuanto a las pretensiones sostiene, que se opone a las mismas, pues considera que los actos acusados están ajustados a derecho, y están debidamente motivados, pues a la actora se le aplicó el régimen que le correspondía para reconocer su pensión, por lo que no es procedente la reliquidación. Afirma que la señora CONTRERAS DE QUIROZ se le aplicó la ley 100/93 y el Decreto 1158/94 que eran los vigentes al momento en el que ésta adquirió el derecho.

Sostiene que las pensiones deben reconocerse con base en las cotizaciones efectivamente realizadas por el afiliado, esto, para garantizar la estabilidad financiera del sistema. Expone que la posición del Comité Jurídico Institucional de la entidad es liquidar las pensiones con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/93.

Agrega que, tanto la ley como la jurisprudencia nacional han sido rigurosos con los elementos que se debe probar para obtener la prosperidad de la pretensión anulatoria, imponiéndole a los interesados las siguientes cargas procesales: i) la individualización precisa del acto que se demanda, ii) la Identificación exacta de las normas violadas y el concepto de la violación; iii) si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen y iv) si se trata de un acto administrativo particular, el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Manifiesta que, los actos administrativos se presumen legales y ajustados al ordenamiento jurídico, por lo que, para ser declarados nulos deben probarse

⁴ Folio 59-73 Cuaderno 1

las siguientes causales: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

Afirma, que los apartes del artículo 36 de la Ley 100/93 han sido ampliamente estudiados por la Corte Constitucional, declarándose que los mismo se encuentran ajustados al ordenamiento constitucional, lo que permite ser aplicado a todos los servidores públicos.

Señala, que la manera de aplicar el monto señalado en el art. 36 de la Ley 100/93 no es uniforme en la jurisprudencia colombiana, puesto que, por un lado el Consejo de Estado entiende que el monto está conformado por la tasa de reemplazo y el IBL, el cual debe ser el del último año de servicios, mientras que la Corte Suprema de Justicia entiende equipara el monto, únicamente al porcentaje de la tasa de reemplazo, mientras que el IBL es un concepto aparte que se debe calcular con base en los últimos 10 años de servicio.

Explica que, esta última posición ha sido la sostenida por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-634/11, C-258/13 y SU 230/15, por lo que debe ser aplicada a todos los casos en los que se debate el régimen de transición, puesto que constituyen precedente.

Como excepciones de fondo expuso las siguientes: i) prescripción, ii) inexistencia de la causa petendi y cobro de lo no debido; iii) buena fe; iv) falta de cotización de factores salariales; v) inexistencia de la indexación y vi) genérica.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

Por medio de providencia del 24 de abril de 2018, la Juez Sexto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda.

Al respecto, el Juzgador de primera instancia estimó que definiendo la situación pensional de la actora bajo el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, al encontrarse sujeta al régimen de transición, advirtió que de aplicarse en su

⁵ Folio 112-118 Cuaderno 1

integridad, la pensión de vejez de la demandante tendría que liquidarse incluyendo la totalidad de los factores que hubieren servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicios, factores regidos por la sentencia de unificación de agosto 04 de 2010, aducida en la demanda.

Explicó que, al encontrarse sujeta la situación pensional de la actora al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello le da derecho a beneficiarse de los elementos previstos en la Ley anterior, atinentes a la edad, tiempo y monto, pero entendiendo éste último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación – IBL, componente este para el cual debe seguirse inexorablemente lo previsto en la ley 100 de 1993.

Por último, expuso que, en consecuencia, los actos acusados que negaron a reliquidar la pensión de la actora con la inclusión de todos los factores salariales reclamados, no son contrarios a las normas que se esgrimen como violadas, confirmando la tesis anunciada en audiencia inicial, en la cual se estableció que a la parte demandante no le asistía razón para reclamar la reliquidación pensional, en virtud a que, los factores salariales como parte que son del IBL, no quedan sujetos a la transición, sino a las reglas del régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, conforme al cual como factores de liquidación de la pensión sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente, tengan el carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubiere realizado las cotizaciones respectivas; considerando que, al haber sido reconocida la pensión de la actora con arreglo a esas previsiones, no hay lugar a la reliquidación en los términos que pide en su demanda.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁶

Por medio de escrito de 08 de mayo de 2018, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, solicitando se revoque la misma y en su lugar se declare la nulidad de los actos acusados; pues, a su juicio, en el curso del proceso se demostró que dichos actos administrativos adolecen de falsa motivación, debiéndose condenar a la UGPP a reliquidar la pensión de vejez de la demandante.

⁶ Folio 122-125 Cuaderno 1

Manifiesta que, se encuentra amparada por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, adquiriendo el estatus pensional el día 10 de febrero de 2005; por lo tanto para efectos de calcular el IBL debe tenerse en cuenta el promedio de la totalidad de los factores salariales devengados por ella durante el último año de servicios, esto es, el período comprendido entre el 02 de julio de 2007 y el 01 de julio de 2008, en un monto del 75% de acuerdo a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Expone que, la totalidad de los factores salariales por ella cotizados durante el último año de servicios reposan a folios 12 a 15 del proceso, e incluyen el sueldo o salario básico, el subsidio de transporte, la prima de alimentación, la bonificación por servicios prestados, la bonificación por antigüedad, la prima de vacaciones, la prima semestral, la prima de navidad y el promedio de recargo mensual de horas extras.

Afirma que el A quo yerra al fundar su decisión en las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017 y SU-395 de 2017, explicando que la sentencia C-258 de 2013 sólo contempló el régimen de los congresistas y magistrados de altas cortes, que corresponden a las pensiones altas subsidiadas en un alto porcentaje con recursos públicos; y, en el presente caso se está ante una pensión de funcionario público, cuya pensión no supera los dos (2) salarios mínimos y que de ninguna manera es subsidiada, sino financiada con sus aportes y los de su empleador a lo largo de 23 años de servicio.

Continúa refiriéndose a la sentencia C-258 de 2013, sosteniendo que la misma solo se aplica al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, porque en la misma providencia se dijo que no sería extensiva a otros regímenes pensionales especiales creados por otras normas.

De otra parte, arguye que si se acogiera la variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230, se afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas.

Finaliza manifestando que, debe aplicarse la sentencia proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda el 04 de agosto de 2010, 25 de febrero

de 2016, y 9 de febrero de 2017, donde no se acogen los planteamientos de la sentencia de la Corte Constitucional, por lo que solicita se revoque la sentencia apelada y aplique estos pronunciamientos.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida a este Tribunal el 18 de junio de 2018⁷, se dispuso su admisión el 26 de septiembre de 2018⁸; y, con auto del 16 de noviembre de 2018⁹ se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹⁰: La parte demandante presentó escrito de alegatos el día 29 de noviembre de 2018, ratificándose en los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación.

3.6.2. Parte demandada¹¹: La apoderada de la entidad, presentó su escrito de alegatos el 30 de noviembre de 2018, solicitando se tengan en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación y se absuelva a su representada; argumentos que han sido expuesto de manera errada, pues como primer punto la sentencia de primera instancia no le resultó desfavorable a la entidad demanda y en el caso que ocupa a la Sala, la entidad demandada no es recurrente.

3.6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

IV.-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 Fol. 2 cdno 2

⁸ Folio. 4 cdno 2

⁹ Folio. 8 cdno 2

¹⁰ Folios 11-12 Cdno 2

¹¹ Folios 13-23 Cdno 2

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia.

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

5.2. Problema jurídico.

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico que se debe resolver es el siguiente:

¿Tiene derecho la señora CECILIA ROSA CONTRERAS DE QUIRÓZ, a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año antes de adquirir el status pensional?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, toda vez que conforme la sentencia SU del 28 de agosto de 2018, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100/93, debe calcularse con el IBL de los últimos 10 años o lo que le faltara al beneficiario para adquirir el status; y los factores salariales deben ser los contemplados en el Decreto 1158/94 o los cotizados.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

A través de la Ley 100 de 1993, se crea para los habitantes el territorio Colombiano, el sistema de seguridad social integral, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991. Dicha norma, 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 1º 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.

De igual forma, el inciso tercero de la norma en cita estableció que “*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 hiciera 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*”.

En ese orden de ideas, se advierte que, a pesar de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100/93, en cuanto al monto de la pensión; la norma también establece que el IBL para calcular la misma será el de 10 años o lo que le faltare a la persona para ello. Lo anterior generó, a través de los años, múltiples interpretaciones sobre la forma de liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen de transición.

5.4.2. Régimen contemplado en la Ley 33 y 62 de 1985

De acuerdo con la Ley 33 de 1985, el régimen pensional de los empleados oficiales que adquirieran el derecho antes de la Ley 100/93 era el siguiente:

*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 (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.
(...)*

Debe tenerse en cuenta entonces, que bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, el empleado público tendría 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 y cuando hubiera prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tuviera la edad de 55 años.

En cuanto a los factores que debían servir para determinar la base de liquidación de los aportes, precisó, en su artículo 3º, lo siguiente:

“ARTICULO 3. 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 1º 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 accedieran a la pensión de jubilación al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, tendrían

derecho a que se les liquidara la misma con fundamento en 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 3º de la misma ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

5.4.3. Régimen de transición: concepto de monto aplicable y factores salariales para liquidar las mesadas pensionales.

En un primer pronunciamiento unificado, frente a la interpretación que debía dársele al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que debían ser incluidos en la pensión, el Consejo de Estado expuso¹¹:

"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.

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que 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. (...) como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda.

(...) respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, (...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978".

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 hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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.

5.5. CASO CONCRETO.

5.5.1. Hechos probados:

- Mediante Resolución AMB No. 26651 de fecha 06 de junio de 2007, CAJANAL ordenó reconocer y pagar a favor de la demandante pensión de vejez, en una cuantía de \$ 961.606,23.¹²
- Mediante Resolución PAP No. 006701 de fecha 19 de julio de 2010, CAJANAL ordena reliquidar la pensión de vejez reconocida a favor de la señora Cecilia Contreras, en cuantía de \$1.031.624,89.¹³
- La UGPP, mediante Resolución No. RDP 044630 de 29 de noviembre de 2016, negó solicitud de reliquidación de pensión por vejez de la demandante.¹⁴
- Con Resolución RDP 008335 de fecha 02 de marzo de 2017, la UGPP, en sede de apelación, confirmó la decisión tomada por la Resolución RDP 044630 de 29 de noviembre de 2019.¹⁵
- La señora Cecilia Rosa Contreras Zabala, nació el día 25 de octubre de 1945, tal como consta en Registro Civil de Nacimiento y en documento de identidad.¹⁶
- Mediante Acta No. 403 de 31 de enero de 1986 la señora Cecilia Contreras tomo posesión del cargo de Ayudante de Enfermería en el Hospital Monte Carmelo de el Carmen de Bolívar.¹⁷
- Certificado de fecha 30 de abril de 2014, expedido por la Secretaría de Salud, en el cual se deja constancia que la señora Cecilia Contreras prestó sus servicios como empleada pública desde el 31 de enero de 1986 hasta el 01 de julio de 2008 y mediante Resolución No. 043 de 01 de julio de 2008 le fue aceptada la renuncia a la misma del cargo que venía desempeñando.¹⁸
- Certificado expedido por la Secretaría de Salud Departamental en fecha 30 de abril de 2014, en el cual hace constar las prestaciones

¹² Folios 17 – 19 Cdno 1 y CD folio 40 Doc. 40-44

¹³ Folios 20 – 22 Cdno 1 y CD folio 40 Doc. 58-62

¹⁴ Folios 28 – 30 Cdno 1 y CD folio 40

¹⁵ Folios 35 – 36 Cdno 1 y CD folio 40

¹⁶ Folios 9 y 10 Cdno 1 – CD folio 40

¹⁷ Folio 11 Cdno 1

¹⁸ Folio 12 Cdno y CD folio 40

devengadas por la señora Cecilia Contreras, en el año 2007 de enero a diciembre y durante los meses de enero de julio de 2008.¹⁹

- Aceptación a la renuncia irrevocable presentada por la señora Cecilia rosa Contreras de Quirós, mediante Resolución No. 043 de 01 de julio de 2008, emitida por el liquidador de la E.S.E. Hospital Monte Carmelo de el Carmen de Bolívar en liquidación.²⁰
- Solicitud de reliquidación pensional de fecha 13 de julio de 2016, elevada por la demandante a través de apoderada judicial, ante la UGPP.²¹
- Escrito de apelación contra la Resolución RDP No. 044630 de 29 de noviembre de 2016 de la UGPP.²²

5.5.2. Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Los actos enjuiciados en el presente asunto son la Resolución No. RDP 044630 de 29 de noviembre de 2016, expedido por la UGPP, que negó la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante con la inclusión de los factores salariales del ultimo año de servicio, y la Resolución RDP 008335 de fecha 02 de marzo de 2017 que confirma la decisión tomada por la entidad en el acto administrativo inicial.

En el presente caso, no es objeto de discusión que a la demandante, la 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 y 62 de 1985.

Así mismo, se encuentra acreditado que la demandante adquirió el status pensional el día 10 de febrero de 2005 y la prestación económica le fue reconocida conforme a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, efectuando la liquidación con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años contados a partir del año 1996 a 2006.

¹⁹ Folio 15 Cdeno1 y CD folio 40

²⁰ Folio 16 Cdeno 1 y CD folio 40

²¹ Folios 23 – 25 reverso Cdeno 1 y CD folio 40

²² Folios 31 – 33 Cdeno 1 y CD folio 40

Posteriormente, Cajanal E.I.C.E. ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Cecilia Contreras de Quirós²³, para lo cual tuvo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos 10 años contados desde julio de 1998 hasta junio de 2008, incluyendo como factores salariales la asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad y recargo nocturno

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala no son de recibo los reparos expuestos por el recurrente, al pretender que la reliquidación se efectúe con el 75% promedio de lo devengado por la actora durante el último año; pues sus argumentos no armonizan con el criterio trazado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena precitada, al establecer que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las respectivas cotizaciones.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado examinada previamente, en caso de aplicar lo establecido en la Ley 33 de 1985 al derecho pensional de la señora Cecilia Rosa Contreras de Quirós, se debería tener 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, tal como fue señalado por la juez de primera instancia. Además, sólo deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones.

Así las cosas, para la Sala, no es posible aplicarle al derecho pensional de la señora Cecilia Rosa Contreras de Quirós, 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.

²³ Ver folios 20 a 22 del Cuaderno 1

- **De los Factores salariales.**

La Sala, de las pruebas antes relacionadas, puede verificar que la Caja Nacional de Previsión Social EICE, al momento de ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del actor, para efectos de efectuar la liquidación tuvo en cuenta los factores salariales de asignación básica, bonificación por servicios prestados, bonificación por antigüedad y recargo nocturno, devengados durante los últimos 10 años laborados desde el año 1998 (promedio mensual de 197 días) hasta el mes de junio de 2008 (promedio mensual de 163 días).

La parte demandante solicita la reliquidación de su pensión, señalando que para efectos del IBL, se incluyan todos los factores de salario que le fueron pagados durante el último año de servicio. No obstante, para este Tribunal no es dable incluir para efectos de la liquidación del IBL, todos los factores devengados por la actor, toda vez que, como ya se señaló 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, y que se encuentren ; y de las pruebas aportadas²⁴ en curso del proceso se avizora que la señora Cecilia Contreras devengó las siguientes prestaciones desde junio de 1998 a 01 de julio de 2008:

- Salario básico
- Subsidio de transporte
- Prima de alimentación
- Bonificación por servicios prestados
- Bonificación por antigüedad
- Prima de vacaciones
- Prima semestral
- Prima de navidad
- Promedio recargo mensual

Aunque de los documentos en mención se deduce, que además de los factores salariales tenidos en cuenta para determinar el IBL, la trabajadora también devengó subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad; que no fueron incluidas

²⁴ Ver CD folio 40 Cuaderno 1 (páginas 96 – 105 de archivo pdf)

como factores salariales para efectos del IBL, lo cierto es que no existe prueba que sobre estos factores se hubieran realizado las cotizaciones al sistema de seguridad social, por ello no se pueden incluir en la base de cálculo de la prestación, ni ellos están contemplados en el Decreto 1158/1994.

Por todo lo anterior, La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, puesto que, la pensión de la accionante si bien es cierto goza del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, cuya aplicación es 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, los últimos 10 años, tal como se efectuó en la resolución de reconocimiento de su pensión de vejez; reiterando que el IBL, no fue cobijado por dicha transición.

Bajo ese entendido, no es posible aplicarle a la señora CECILIA ROSA CONTRERAS DE QUIRÓS, 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.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en

segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

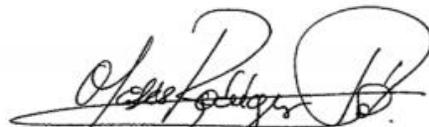
SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

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 en sala No. 34 de la fecha

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN