

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2017-00260-01
Demandante	FILADELFO ARTURO FRANCISCO DE BORJA ARROYO HERNANDEZ
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Tema	<i>Reliquidación pensional, solicita aplicación de la Ley 33/85 con la inclusión de todos los factores salariales – confirma sentencia que niega pretensiones.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 24 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor FILADELFO ARTURO FRANCISCO DE BORJA ARROYO HERNANDEZ 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,

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² 3-11 cdno. 1

13-001-33-33-007-2017-00260-01

3.1.1. Pretensiones³

“1. Declarase nulo los actos administrativos contenidos en Resolución(sic) No. Resolución No. 10639 Del 11 de marzo de 2008, y de los acto administrativo emitidos por la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCAL UGPP, RDP 3770 de fecha 29 de enero de 2013, RDP 30975 de fecha 10 de julio de 2013, RDP 43726 de fecha 20 de septiembre de 2013, RDP9156 del 18 de marzo de 2014, RDP 18420 del 11 de junio de 2014, RDP 21152 del 31 de mayo de 2016, RDP 32429 del 01 de septiembre de 2016 y 37263 del 04 de octubre de 2016 que resolvió el recurso de reposición y en subsidio de apelación, en lo referente a la liquidación indebida en el valor de la pensión de vejez del demandante, sin que ello implique la renuncia a la pensión que viene reconocida.

2. se condene a título de restablecimiento del derecho que la entidad UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP- proceda a reliquidar la pensión de vejez reconocida a mi poderdante FILADELFO ARTURO FRANCISCO DE BORJA ARROYO HERNANDEZ Resolución No. (sic) No. Resolución No. 10639 del 11 de marzo de 2008 emitido por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL EN LIQUIDACION, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y el 75% como lo manifiesta ley 33 de 1985.

3. se condene a título de restablecimiento del derecho que la entidad UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP- pague al demandante el retroactivo causado en relación a las diferencias en cada una de las mesadas luego de incluir para su liquidación los factores salariales referenciados , desde la fecha en que se hizo efectiva la pensión y hasta la fecha en que se produzca la sentencia, incluidas las mesadas adicionales y los intereses moratorios.

4. se condene a la demandada al pago de las costas y gastos procesales.

5. se ordene el cumplimiento de la sentencia en el término del Art. 189 de la ley 1447 de 2011, aplicando los ajustes y la indexación desde la primera mesada pensional (...)

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

³ Fl. 4-5 cdno 1

3.1.2 Hechos⁴

Expone que la Caja Nacional de Previsión Social, a través de Resolución No. 10639 del 11 de marzo de 2008, reconoció al demandante pensión de vejez, en un porcentaje del 75% pero liquidándose con el promedio de los últimos 10 años y no incluyeron los factores salariales del último año, solo la asignación mensual devengada durante los últimos tres meses (*sic*).

Indica que devengó en el último año: sueldo básico, prima de antigüedad, bonificación de servicios prestados, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones y prima técnica. Por lo que afirma que le correspondía a la entidad reconocer todos los factores antes mencionados, en una cuantía del 75%, tal como lo indica la Ley 33 de 1985.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

-) Artículos 1, 2, 48, y 53 de la Constitución Nacional
-) Arts. 42 y 45 Decreto 1042 de 1978
-) Art. 4 Decreto 1045 de 1978
-) Arts. 1 y 2 Ley 33 de 1985
-) Arts. 1 Ley 62 de 1985

Indica que la entidad demandada al emitir los actos administrativos de los cuales se piden la nulidad en referencia, desconoce pronunciamientos judiciales emitidos por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación, en las cuales se ha indicado que los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985 y Ley 6 de 1988 son meramente enunciativos y no taxativos, y que por ello se debe acudir a los mandatos de primacía de la realidad del Art. 53 de la C.P.

Afirma que los actos demandados vulneran el principio de la no renunciabilidad de los derechos a la seguridad social, transgrediendo el art. 48 de la Constitución Política puesto que materialmente estas actuaciones no permiten disfrutar en el demandante su pensión en la cuantía que le corresponde, esto es con la inclusión de todos los factores.

⁴ Fl. 4 cdno 1

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP⁵

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que son ciertos de los hechos 1 al 4, sobre el hecho cinco fue aceptado.

En cuanto a las pretensiones sostiene, que se opone a las mismas, pues considera que los actos acusados están ajustados a derecho, y debidamente motivados.

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 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.

⁵ Folio 82-97 cdno 1

13-001-33-33-007-2017-00260-01

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.

Por último solicita que se tenga en cuenta pronunciamiento reciente por parte de esta Corporación dentro del proceso de Carmen Castro Cordero Vs UGPP, en el que se aplicó la sentencia- SU-230 de 2015.

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 INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 24 de julio de 2018, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda.

El A-quo indicó que si lo pretendido por el demandante es renunciar a que se le reconozca la mesada pensional con el 85% del IBL, esto es de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, y le sea aplicado el régimen de transición, la misma se debe realizar teniendo en cuenta el 75% del IBL, los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994, y no la inclusión de todos los factores salariales devengados por el peticionario en el último año de servicio, situación que les sería desfavorable. Luego entonces resolvió no acceder a la pretensión consistente en establecer como IBL el último año de servicio.

⁶ Folio 126-131 cdno 1

13-001-33-33-007-2017-00260-01

Indicó que, en el caso concreto, el actor adquirió el status pensional el 10 de octubre de 2002, por lo que se le reconoció una pensión en aplicación del principio de favorabilidad de conformidad con los arts. 33 y 34 de la Ley 100 de 1993; por lo tanto al momento de liquidarse se tuvo en cuenta lo establecido en el Decreto 1185 de 1994 que no contempla todos los factores salariales certificados como ítems que integren el IBC.

En ese sentido determinó que al encontrarse sujeta la situación del actor al régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, exclusivamente le da derecho a beneficiarse de los elementos previstos en la ley anterior, en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, mas no el IBL, componente para el cual debe seguirse inexorablemente lo previsto en la Ley 100 de 1993.

Finalmente como fundamento jurisprudencial el A-quo tuvo en cuenta lo determinado en las sentencias C-230/2015, SU 210/2017, SU- 427/2016, SU-023/2018 y SU-395/2017, razón por la cual no aplica la sentencia del 24 de agosto de 2010 del Consejo de Estado que había aplicado en épocas anteriores, pero que de acuerdo a los pronunciamientos citados por la Corte Constitucional son los que aplican en este momento que son de obligatorio cumplimiento.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta la primera decisión del Consejo de Estado Sección Segunda en sentencia de 4 de agosto de 2010, en el cual se señala que el IBL hace parte del régimen de transición y en consecuencia los factores como el tiempo que se tenía en cuenta para liquidar la pensión debía ser lo previsto anterior al general, esto es, correspondía liquidar con el último año de servicios tomando como factores salariales la totalidad de lo devengado en ese periodo.

Indica que la sentencia SU- 230 de 2015, no puede aplicarse para las personas que ya tenían un derecho consolidado antes de su expedición, pues sería afirmar que las personas que demandan la reliquidación consolidan su derecho antes del precedente.

⁷ Folio 137-140 cdno 1

13-001-33-33-007-2017-00260-01

Finalmente, aduce que el A-quo no tuvo en cuenta la decisión del Consejo de Estado en proceso con radicado interno 44683-2013, donde se reitera que el IBL hace parte del régimen de transición y se aplica con los factores del último año .

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 24 de septiembre de 2018⁸, por lo que 26 de marzo de 2019 se procedió a admitirla⁹, y se corrió traslado para alegar el 12 de junio de 2019¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte accionante no presentó alegatos, y el Ministerio Público no presentó concepto. Solo la UGPP presentó escrito de alegatos solicitando que se confirme la decisión de primera instancia (fl. 12-16).

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

V.- CONSIDERACIONES

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:

⁸ Folio 3 cdno 2

⁹ Folio 5 cdno 2

¹⁰ Folio 9 cdno 2

13-001-33-33-007-2017-00260-01

*¿Tiene derecho el señor **FILADELFO ARROYO HERNÁNDEZ** a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por su causante en el último año de servicios?*

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 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:

13-001-33-33-007-2017-00260-01

“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.

5.4.2 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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”*.

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.

13-001-33-33-007-2017-00260-01

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”.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA

13-001-33-33-007-2017-00260-01

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



13-001-33-33-007-2017-00260-01

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

- J) Solicitud de reliquidación conforme lo ordenado en la Ley 33 de 1985, presentada por el actor a la entidad demandada el 02 de junio de 2017 (fols. 12-17).
- J) Copia del Auto ADP 005814 14 AGO 2017 NOT_ PD 620448, mediante el cual se le resuelve una solicitud de reliquidación de pensión presentada por el actor el 2 de junio de 2017 (fol. 18).
- J) Resolución No. 10639 del 11 de marzo de 2008, mediante la cual se le reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación por vejez al actor (fols. 20-25 y doc 11 expediente administrativo).
- J) Resolución RDP 003770 del 29 de enero de 2013, mediante la cual se le niega una solicitud de reliquidación de la pensión de vejez presentada por el demandante el 9 de agosto de 2012 (Fol. 26-30).
- J) Resolución RDP 030975 del 10 de julio de 2013, por medio de la cual se le niega una solicitud de reliquidación de la pensión de vejez presentada por el demandante el 7 de marzo de 2013 (fols. 31-33).
- J) Resolución RDP 043726 del 20 de septiembre de 2013, por la cual se le niega una solicitud de reliquidación de la pensión de vejez del señor Filadelfo Arroyo presentada el 21 de agosto de 2013 (fols. 34-35).
- J) Resolución RDP 009156 del 18 de marzo de 2014, mediante la cual se le niega una solicitud de reliquidación de la pensión de vejez del demandante presentada el 27 de febrero de 2014 (fols. 36-39)
- J) Resolución No. RDP 018420 del 11 de junio de 2014, por la cual se resuelve un recurso de apelación y se revoca la Resolución 9156 del 18 de marzo del 2014 (fols. 40-44).
- J) Resolución RDP 021152 del 31 de mayo de 2016, mediante la cual se le niega una solicitud de reliquidación de la pensión de vejez del demandante presentada el 10 de marzo de 2016 (fols. 46-48).

13-001-33-33-007-2017-00260-01

- J Resolución RDP 032429 del 01 de septiembre de 2016 por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por el actor, en contra de la Resolución RDP 021152 del 31 de mayo de 2016 (fols. 49- 50).
- J Certificado expedido el 3 de julio de 2012 por la Gobernación de Bolívar, en donde constan los tiempos de servicio, cargo desempeñado y fondo de pensiones a los cuales cotizó el actor (fol. 53).
- J Certificado expedido el 30 de marzo de 2009 por la Gobernación de Bolívar, en donde consta que a la fecha el demandante seguía vinculado a dicha entidad (fol. 54).
- J Certificado expedido por la ESE Hospital San Judas Tadeo en liquidación del Municipio de Simití, en el que constan los factores devengados por el actor entre el 01 de enero de 2006 al 31 de marzo de 2009 (fol. 55- 61).
- J Resolución RDP 037263 del 04 de octubre de 2016, por el cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la Resolución RDP 021152 del 31 de mayo de 2016 (fols. 66-70).

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

Los actos enjuiciados en el presente asunto son:

- Resolución No. 10639 del 11 de marzo de 2008
- RDP 3770 de fecha 29 de enero de 2013
- RDP 30975 de fecha 10 de julio de 2013
- RDP 43726 de fecha 20 de septiembre de 2013
- RDP9156 del 18 de marzo de 2014
- RDP 18420 del 11 de junio de 2014
- RDP 21152 del 31 de mayo de 2016
- RDP 32429 del 01 de septiembre de 2016
- 37263 del 04 de octubre de 2016

Que resolvió el recurso de reposición y en subsidio de apelación, en lo referente a la liquidación indebida en el valor de la pensión de vejez del demandante.

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por demostrado que el señor FILADELFO ARROYO HERNÁNDEZ laboró desde el día 13 de marzo de

13-001-33-33-007-2017-00260-01

1973 hasta el 30 de marzo de 2009, esto es, más de 30 años al servicio del Estado en la E.S.E. Hospital San Judas Tadeo de Simití- Bolívar (fols. 53-54).

Además, se demostró que el causante cumplió los **60 años de edad, el 10 de octubre de 2002**, puesto que su nacimiento se produjo en el año 1942 (fl. 22).

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que concuerda este Despacho con lo establecido por el Aquo, en el sentido de determinar que, el señor Arroyo Hernández era beneficiario del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100/93, toda vez que para la fecha en la que ésta norma entró en vigencia - 1º de abril de 1994.-, contaba con más de 40 años de edad y 21 años de servicio.

Por otra parte, se observa que, atendiendo el cumplimiento de requisitos de ley, la Caja Nacional de Previsión Social EICE, le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución 10639 del 11 de marzo de 2008¹², con base en el régimen de transición y el Dcto 1158/1994 (tasa de reemplazo del 85% y un IBL de 10 años, que era lo que le faltaba para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100/93); condicionada su disfrute hasta demostrar el retiro definitivo, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad.

Mediante petición del 9 de agosto de 2012 el demandante solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución RDP 003770 del 29 de enero de 2013 bajo el argumento de que la misma estaba conforme a las normas aplicables a su caso indicaban¹³; no conforme con ello, el 7 de marzo presenta nuevamente una petición solicitando la reliquidación de su pensión, petitoria que fue nuevamente resuelta por la entidad de forma negativa por medio de Resolución RDP 030975 del 10 de julio de 2013¹⁴.

Nuevamente insistió el actor en su solicitud mediante petición del 21 de agosto de 2013, la cual fue despachada por la UGPP de manera desfavorable bajo los mismos argumentos anteriores a través de la Resolución RDP 043726 del 20 de septiembre de 2013¹⁵. Acudió nuevamente a la entidad demandada el 27 de febrero de 2014, instando a la reliquidación de su

¹² Folio 20-25

¹³ Fols. 26-30

¹⁴ Fols. 31-33

¹⁵ Fols. 34

13-001-33-33-007-2017-00260-01

pensión, la cual una vez más fue negada mediante Resolución RDP 009156 del 18 de marzo de 2014¹⁶.

Sin embargo, mediante Resolución RDP 018420 del 11 de junio de 2014, la UGPP resuelve un recurso de apelación interpuesto por el actor en contra del acto administrativo No. 9156 del 18 de marzo de 2014, decide revocarlo, indicando que procedía su solicitud solo en cuanto a los tiempos tenidos en cuenta en la misma, toda vez que se había liquidado hasta el año 2004, cuando en realidad el demandante había laborado hasta el 2009¹⁷, respetándole los factores salariales ya reconocidos y la cuantía del 85%.

No obstante lo anterior, mediante escrito del 10 de marzo de 2016 el actor nuevamente solicita la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios, la cual fue resuelta de forma negativa por la UGPP mediante Resolución RDP 021152 del 31 de mayo de 2016 por no resultar aplicable para su caso¹⁸, contra este acto administrativo el demandante interpuso recurso de reposición y apelación, el primero de ellos Resolución RDP 032429 del 01 de septiembre de 2016 confirmó la decisión adoptada inicialmente, y el de alzada fue decidido a través de Resolución No. RDP 037263 del 04 de octubre de 2016 ratificando los antes mencionados.

En ese orden de ideas, la Sala procede a dirimir el conflicto presentado, de la siguiente forma:

- Aplicación integral de la Ley 33/85 y el ingreso base de cotización

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.

¹⁶ Fols. 36-39

¹⁷ Fols. 40-44

¹⁸ Fols. 46-48

13-001-33-33-007-2017-00260-01

- 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.

Bajo ese entendido, queda claro para la Sala que no es posible reclamar la reliquidación pensional con base en el último año de servicios, 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 el caso bajo estudio, se advierte que el señor FILADELFO ARROYO HERNÁNDEZ cumplió los 20 años de servicio en el año 1993, aproximadamente y los 60 años de edad **el 10 de octubre de 2002**; por lo tanto, a la fecha de entrada en vigencia de Ley 100/93 (30 de junio de 1995 para empleados territoriales), **le faltaban 2 años y 100 días aproximadamente para adquirir el status pensional**; puesto que el cumplía los 55 años el 10 de octubre de 1997; para la entrada en vigencia de la Ley 100/1993 tenía 22 años 3 meses y 7 días de trabajo, por lo que, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales antes citadas, su IBL debía ser liquidado con base en ese término, es decir, el que le faltaba para adquirir el status.

De acuerdo con lo anterior se tiene que, en el evento de que al causante se le liquidara la pensión con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, el IBL que aplicaría sería el de 2 años aproximadamente; no el del último año como se pretende en la demanda, puesto que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el IBL no es un concepto sujeto al régimen de transición y por lo tanto debe llevarse a cabo según lo establecido en el inciso tercero de la Ley 100/93.

En el sub examine, advierte este Tribunal que la Caja Nacional de Previsión Social EICE, en el primer acto administrativo en el que reconoció la pensión al actor, Resolución 10639 del 11 de abril de 2008, no liquidó de manera adecuada la misma, puesto que le tomó los 10 últimos años.

No podemos olvidar que el principio de inescindibilidad implica que, a la hora de liquidar una pensión con base en determinado régimen, todos los elementos que la gobiernan deben fundarse en él, sin que sea posible segregar de dicha regulación, una situación que beneficie más al interesado,

13-001-33-33-007-2017-00260-01

pues generaría la desnaturalización de la norma aplicable. En ese sentido, se tiene que, el señor FILADELFO ARROYO HERNÁNDEZ no podría pretender la aplicación de una tasa de reemplazo mayor, y la aplicación del régimen de transición, por lo cual, la Caja Nacional de Previsión Social EICE, al encontrar que la solicitud del actor señor Arroyo Hernández era procedente (pues este contaba con más de 60 años cuando dejó de laborar, y con más de 30 años de servicio)¹⁹, le aplicó el régimen de la Ley 100/93 con una tasa de reemplazo del 85%.

De acuerdo con lo anterior, concluye esta Judicatura que el demandante, no tiene derecho a que se le tenga en cuenta el último año de servicios para determinar su IBL.

- **De los Factores salariales.**

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.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, según el Decreto 1158 de 1994, era obligatorio cotizar sobre los siguientes conceptos:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º 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”*

Conforme al certificado emitido por la Gobernación de Bolívar y la ESE Hospital San Judas Tadeo en Liquidación (fols. 55-61) el demandante devengó los siguientes factores: asignación básica,, prima semestral, prima de

¹⁹ Para ese momento, el artículo 33 de la Ley 100/93 exigía una edad de pensión de 60 años para los hombres.

13-001-33-33-007-2017-00260-01

vacaciones, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de alimentación, prima de transporte, y prima de antigüedad.

De lo anterior se concluye que solo tiene derecho a que se le incluyan, en la liquidación de su pensión la asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, pues ninguno de los otros emolumentos devengados hace parte del decreto en cita; estos fueron los que se tuvieron en cuenta en la Resolución 10639 del 11 de abril de 2008 y en la Resolución RDP 018420 del 11 de junio de 2014; además, tampoco demostró haber hecho cotizaciones al sistema general de pensiones, sobre los mismos.

En ese orden de ideas, no es procedente ordenar la inclusión de nuevos factores salariales a la pensión del señor FILADELFO ARROYO HERNÁNDEZ.

Partiendo de lo anterior concluye este Tribunal que la sentencia de primera instancia debe ser CONFIRMADA.

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, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

13-001-33-33-007-2017-00260-01

VI. FALLA

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

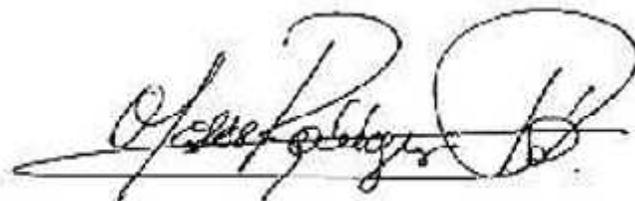
SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, 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. 040 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARIA GUERRA PICÓN