



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	13-001-33-33-011-2017-00093-01
Demandante	JOSÉ ESTEBAN FLÓREZ LÓPEZ
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 – Decreto 1158 de 1994 – 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 07 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero 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, el señor JOSÉ ESTEBAN FLÓREZ LÓPEZ 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, JOSÉ ESTEBAN FLÓREZ LÓPEZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de

¹ Fols. 1-12 cdno 1

² Fols. 2 cdno 1

la UGPP, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes pretensiones:

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 034903 de agosto 25 de 2015, la Resolución RDP 044592 de octubre 28 de 2015 y la Resolución No. RDP 049897 de noviembre 26 de 2015, mediante las cuales la UGPP negó la reliquidación pensional al demandante.
2. Como consecuencia de dicha declaración de nulidad, se ordene el restablecimiento del derecho, ordenando la reliquidación o reajuste de la pensión de vejez del demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en su último año de servicios, tal como lo establece la ley 33 de 1985, debidamente actualizados.
3. Que se ordene el pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
4. Que se condene a la demandada a cancelar costas y agencias de derecho.
5. Que las condenas sean reajustadas con base en el IPC, conforme lo establecido en el CPACA.
6. Se ordene el cumplimiento de la sentencia que se produzca dentro del proceso, en los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA.

3.1.3. Hechos³

El demandante expone que, prestó sus servicios en distintas entidades, por más de 20 años; siendo el último empleador el Departamento Administrativo de Salud de Bolívar, en la ciudad de Cartagena, con una fecha de ingreso el 06 de junio de 1997 y fecha de retiro el día 17 de enero de 2003, desempeñando el cargo de Técnico en Saneamiento Código 448 Grado 10.

Que fue pensionado por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, mediante Resolución No. 22904 de agosto 10 de 2005, a partir del 18 de marzo de 2003, con una mesada pensional de \$ 701.056,77.

Agrega que, en dicha Resolución tuvieron en cuenta el tiempo realmente laborado hasta el día 15 de enero de 2003 y le liquidaron el valor de la mesada pensional con base a lo devengado por concepto de asignación básica y

³ Fols. 2-5 cdno 1

13-001-33-33-011-2017-00093-01

bonificación por servicios prestados, teniendo en cuenta el período comprendido entre el 01 de abril de 1994 (fecha en la que empezó a regir la Ley 100 de 1993) hasta el 15 de enero de 2003 (fecha en la cual fue desvinculado definitivamente como trabajador activo).

Que, el día 18 de marzo de 2015, presentó ante la demandada solicitud de reclamación administrativa, radicada bajo el número 2015-514-067142-2, la cual fue resuelta de manera negativa con Resolución No. RDP 034903 de 25 de agosto de 2015.

Por último, refiere que contra la Resolución No. RDP 034903 de 25 de agosto de 2015 se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante Resolución No. RDP 044592 de octubre 28 de 2015 y Resolución No. RDP 049897 de noviembre 26 de 2015, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida.

3.1.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Ley 100 de 1993, artículos 36 y 141
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985

Expone el demandante, que las resoluciones por medio de las cuales la demandada negó la reliquidación pensional reclamada son violatorias de las normas antes señaladas, toda vez que le asiste derecho a dicha reliquidación incluyendo el promedio de todo lo devengado en su último año de servicio, tal como lo establecen las Leyes 33 y 62 de 1985, al cual remite el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma vigente al momento en que fue separado como trabajador activo.

Sobre las sumas pagadas, solicita se aplique el art. 141 de la Ley 100 de 1993, sobre intereses moratorios.

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 el señor JOSE ESTEBAN FLÓREZ LÓPEZ 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 las siguientes causales: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

⁴ Folio 58-72 Cuaderno 1

13-001-33-33-011-2017-00093-01

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 07 de mayo de 2018, el Juez Décimo Primero 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 no le asistía razón a la parte demandante a que se le reliquide su pensión, en virtud a que, pese a pertenecer al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha quedado zanjada la discusión en el sentido de que dicho régimen sólo cubija lo relacionado a la edad para pensionarse y el tiempo de cotización, puesto que en lo que al monto se refiere, se debe aplicar lo consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el 75% del promedio de lo devengado

⁵ Folio 111-116 Cuaderno 1

13-001-33-33-011-2017-00093-01

durante los últimos diez (10) años de servicio o si el tiempo fuere menor, durante el tiempo que faltare para ello.

Aclarando que, el sustento de la decisión adoptada en dicha sentencia, se basa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (SU-230 de 2015) y en especial la vertida en la sentencia SU-395 de 2017, la cual fue acogida, cambiando su posición adoptada para conceder las pretensiones, ordenando la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales recibidos en el último año de servicio.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁶

Por medio de escrito de 23 de mayo de 2018, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, manifestando que el principal motivo de inconformidad radica en la aplicación hecha en el presente asunto por la A quo, a lo establecido en la Sentencia SU 230 de 2015 y la SU 395 de 2017, para negar las pretensiones de la demanda, pues a criterio de la Juez se debió aplicar lo establecido en el párrafo tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Explica que, de ser así, se debió aplicar lo establecido en el citado párrafo, ya que de allí se desprende una diferencia entre las personas que al momento de empezar a regir la ley 100 de 1993, tuvieran menos de diez años para adquirir el derecho y las personas que tuvieran más de diez años para adquirir dichos derechos, a los primeros se les debe liquidar la mesada pensional inicial con base en el promedio de todo lo devengado y a los segundos se les debe liquidar sobre lo cotizado.

Otro motivo de inconformidad, radica en la consideración expuesta en dicha sentencia sobre la aplicación que se debe dar a lo establecido en el Decreto 1158 de 1994, norma legal que en ninguno de sus apartes señala la forma en que debe calcularse el valor de la mesada pensional, como sí lo hace la Ley 33 de 1985 y en el párrafo tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por último, solicita se revoque la sentencia recurrida, ordenando la nulidad del acto administrativo demandando y por consiguiente se ordene la

⁶ Folio 119-121 Cuaderno 1

13-001-33-33-011-2017-00093-01

reliquidación de la pensión al demandante, en los términos explicados en la relación de hechos de la demanda.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida a este Tribunal el 19 de junio de 2018⁷, con providencia del 26 de septiembre de 2018⁸ se dispuso su admisión; y, con auto del 06 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: Presentó escrito de alegatos el día 22 de noviembre de 2018, ratificándose en los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación.

3.6.2. Parte demandada¹¹: Presentó su escrito de alegados el 23 de noviembre de 2018, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

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

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia.

⁷ Fol. 3 cdno 2

⁸ Folio. 5 Cdno 2

⁹ Folio 10 Cdno 2

¹⁰ Folios 13-16 Cdno 2

¹¹ Folios 17-27 Cdno 2

13-001-33-33-011-2017-00093-01

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

5.2. Problema jurídico.

¿Tiene derecho el señor JOSÉ ESTEBAN FLÓREZ LÓPEZ, a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el 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 si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley...”*.

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

13-001-33-33-011-2017-00093-01

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:

13-001-33-33-011-2017-00093-01

“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.

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

13-001-33-33-011-2017-00093-01

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 3° 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



13-001-33-33-011-2017-00093-01

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.

13-001-33-33-011-2017-00093-01

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 N° 22904 de 10 de agosto de 2005, la caja nacional de previsión Social EICE, reconoció y ordenó pagar a favor del señor José Esteban Flórez López, una pensión mensual vitalicia por vejez, en cuantía de \$701.056,77 a partir del 18 de marzo de 2003.¹²
- Certificado expedido el día 28 de enero de 2014, por la Dirección Administrativa de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena, en el cual hace constar que el señor José Esteban Flórez López, laboró en dicha

¹² Folios 16-21 Cuaderno 1

13-001-33-33-011-2017-00093-01

entidad como Técnico de Saneamiento del Departamento Administrativo Distrital de Salud DADIS, desde el 06 de junio de 1997 por Decreto No. 0462 del 30 de mayo de 1997 y acta de Posesión No. 612 del 06 de junio de 1997, hasta el 11 de septiembre de 2001; y como Técnico en Saneamiento Código 448 Grado 10 del Departamento Administrativo Distrital de Salud DADIS, desde el 12 de septiembre de 2001 por Decreto No. 611 del 11 de septiembre de 2001 y Acta de posesión No. 0905 del 12 de septiembre de 2001 hasta el día 17 de enero de 2003; señalando los factores salariales devengados¹³.

- Solicitud de reliquidación de pensión vejez por falta de factores salariales, radicada ante la UGPP, en fecha 18 de marzo de 2015.¹⁴

- Mediante Resolución No. RDP 034903 de 25 de agosto de 2015 "Por la cual se niega la reliquidación de una pensión de VEJEZ", negativa de la UGPP frente a la solicitud del señor José Esteban Flórez López.¹⁵

- Mediante escrito radicado en fecha 21 de septiembre de 2015 ante la UGPP, el señor José Flórez López, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. RDP 034903 de 25 de agosto de 2015.¹⁶

- Resolución No. RDP 044592 de 28 de octubre de 2015 "Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la resolución 34903 del 25 de agosto de 2015", confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida.¹⁷

- Resolución No. RDP 049897 de 26 de noviembre de 2015 "Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 34903 del 25 de agosto de 2015", confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida.¹⁸

¹³ Expediente administrativo

¹⁴ Folios 23-26 Cuaderno 1

¹⁵ Folios 30-33 Cuaderno 1

¹⁶ Folios 34-36 Cuaderno 1

¹⁷ Folios 39-43 Cuaderno 1

¹⁸ Folios 44-46 Cuaderno 1

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 034903 de agosto 25 de 2015, la Resolución RDP 044592 de octubre 28 de 2015 y la Resolución No. RDP 049897 de noviembre 26 de 2015, mediante las cuales la UGPP negó la reliquidación pensional al demandante.

En el presente caso, no es objeto de discusión que, al demandante lo 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 el demandante adquirió el status pensional el día 18 de marzo de 2003 y la pensión del demandante 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 8 años, 9 meses y 15 días (folio 17), tiempo que le faltaba al demandante para adquirir su derecho pensional, al momento de entrar en vigencia el sistema pensional reglado por la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, para la Sala no son de recibo los reparos expuestos por el recurrente, quien hace una diferencia entre aquellos cotizantes que le faltare más de diez años y aquellos que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; 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 del señor José Esteban Flórez López, 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.

13-001-33-33-011-2017-00093-01

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 del señor José Esteban Flórez López, 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.

- 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 y bonificación por servicios prestados, devengados durante los últimos 8 años, 9 meses y 15 días laborados desde el año 1994 (270 días) hasta el año 15 de enero de 2003.

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 el 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 de las pruebas aportadas en curso del proceso se avizora que el señor José Flórez sólo cotizó con base en los factores salariales tenidos en cuenta al momento de reconocerle su pensión por vejez.¹⁹

Por todo lo anterior, La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, puesto que, la pensión del accionante si bien es cierto goza del régimen de transición, contemplado en la Ley 100 de 1993, conservó en beneficio del mismo la aplicación de la norma anterior sólo para efectos de edad, tiempo de servicio y tasa de remplazo (75%); pero, el ingreso base de liquidación,

¹⁹ Ver CD – archivos 11 y 12 certificados de factores salariales.

13-001-33-33-011-2017-00093-01

debería promediarse, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de lo que le faltare, es decir tomando lo reglado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 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 al señor JOSÉ ESTEBAN FLÓREZ LÓPEZ, 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.

13-001-33-33-011-2017-00093-01

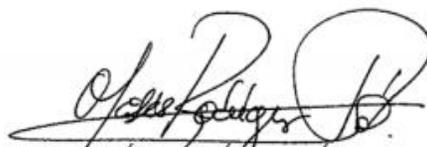
SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

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