

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	13-001-33-33-011-2017-00144-02
Demandante	LENIS MARÍA CAMPO DE HERAZO
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 – Revoca - Reconocimiento de prima de antigüedad.</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 20 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero 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, la señora LENIS MARÍA CAMPO DE HERAZO 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 1-7 cdno. 1

3.1.1. Pretensiones³

1. Que se declare la nulidad total de la Resolución 33217 del 8 de septiembre de 2016, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación y de las resoluciones RDP 044928 del 30 de noviembre de 2016 y RDP 049567 del 29 de diciembre de 2016 por medio de las cuales se resolvió el recurso de reposición y apelación respectivamente, todas ellas emanadas de la UGPP por medio de las cuales confirmaron la primera resolución referida.
2. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución 47591 del 5 de octubre de 2007 de la Caja Nacional de Previsión Social EICE, por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la demandante, en lo atinente al ingreso base de liquidación de la pensión utilizada para calcular el valor de la misma, el cual tuvo en cuenta los últimos 10 años de servicios, y no el último año como lo ordena la ley 33 de 1985.
3. Que se declare que el ingreso base para liquidar la pensión de la actora, reconocida por la otra Caja Nacional de Previsión Social EICE, hoy UGPP, es el promedio de lo devengado durante el último año de servicio, por todo concepto o pago laboral recibido por el mismo.
4. Que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante y establecer el valor de su primera mesada pensional en el año 2007 en cuantía de \$705.823.
5. se condene a la UGPP a indexar la primera mesada pensional y pagar las diferencias causadas por la incorrecta liquidación de su pensión.
6. condenar a la UGPP al pago de intereses de mora, costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos⁴

Indica que presentó derecho de petición a la Caja Nacional de Previsión Social el día 23 de agosto de 2007.

³ Fl. 3-4 cdno 1

⁴ Fl. 1-2 cdno 1

13-001-33-33-011-2017-00144-02

Posteriormente dicha entidad reconoció pensión de jubilación a la demandante el día 5 de octubre de 2007 a través de Resolución No. 47591, dicho acto le fue reconocido bajo las premisas del régimen de transición de empleados oficiales, sin tener en cuenta el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, con el promedio de lo devengado en el último año.

Afirma que presentó petición de reliquidación de su pensión teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año con la indexación de los mismos, la cual fue negada por la UGPP mediante Resolución RDP 033217 del 8 de septiembre de 2016, ratificando que fue liquidada de manera correcta, esto es, con el promedio de los últimos 10 años.

Interpuso los recursos de ley, los cuales fueron resueltos mediante los actos administrativos RDP 044928 del 30 de noviembre de 2016 y RDP 049567 del 29 de diciembre de 2016, confirmando y ratificando la decisión inicial.

Aduce que laboró para el Hospital Local de Cartagena desde el 2 de marzo de 1982 hasta el 2 de marzo de 2006, recibiendo durante el último año de servicios: salario, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones, bonificación por servicios, bonificación por recreación, bonificación por antigüedad y prima de navidad.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

- Artículos 1, 2, 13, 25, 48, y 53 de la Constitución Nacional
- Arts. 1 Ley 33 de 1985
- Arts. 36 Ley 100 de 1993

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 el IBL para las pensiones sometidas a transición está sometida a lo que el régimen específico consagre, para el caso que nos ocupa el art. 1 de la Ley 33 de 1985, esto es, lo devengado en el último año de servicios, condición que aplica para los factores salariales a tener en cuenta.

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 no 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 49-60 cdno 1

13-001-33-33-011-2017-00144-02

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 pretendi 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 20 de abril de 2018, el Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda.

El A-quo indicó que los actos demandados se fundamentaron en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad y tiempo de servicio, con base en el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años conforme a lo establecido en el art. 21 de la norma en mención, teniendo en cuenta la asignación básica y la bonificación de servicios.

Concluyó con base en las normas invocadas y las pruebas allegadas, que no es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, pues, pese a pertenecer al régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de

⁶ Folio 79-88 cdno 1

13-001-33-33-011-2017-00144-02

1993, quedó agotada la discusión en el sentido de que dicho régimen solo cubre 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 art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el 75% del promedio de lo devengado durante los 10 últimos años de servicio, o si el tiempo fuera menor, durante el tiempo que faltare para ello.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el juez de primera instancia citó sentencias que no aplicaban para el caso de la demandante por ser proferidas con posterioridad a la consolidación de su derecho pensional, por lo que indica que la aplicable a la actora es la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado.

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.

Finalmente, aduce que el A-quo no tuvo en cuenta diversas interpretaciones de la jurisprudencia del Consejo de Estado, 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 28 de junio de 2018⁸, por lo que 04 de diciembre de 2018 se procedió a admitirla⁹, y se corrió traslado para alegar el 10 de junio de 2019¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte accionante presentó alegatos solicitando la revocatoria del fallo apelado, resolviendo la prosperidad de las pretensiones (fols.18-19); la UGPP

⁷ Folio 91-95 cdno 1

⁸ Folio 3 cdno 2

⁹ Folio 5 cdno 2

¹⁰ Folio 10 cdno 2

13-001-33-33-011-2017-00144-02

presentó escrito de alegatos solicitando que se confirme la decisión de primera instancia (fl. 13-17); el 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

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 LENIS MARÍA CAMPO DE HERAZO a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

5.3 Tesis de la Sala

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; sin embargo esta Sala en el presente asunto resolverá **REVOCAR** la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, solo para ordenar el reconocimiento e inclusión de la prima de antigüedad, la cual de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1158/1994 constituye factor salarial y, fue devengado de manera periódica por la demandante, tal y como se desprende de los certificados allegados.

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:

“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.”

13-001-33-33-011-2017-00144-02

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

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

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

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

En suma, las disposiciones antes transcritas, indicaban que quienes accedieran a la pensión de jubilación al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, 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 3° de la misma ley, modificado por el artículo 1° 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*

13-001-33-33-011-2017-00144-02

y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se registrarán 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.

5.4.3. 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

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

13-001-33-33-011-2017-00144-02

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 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".

13-001-33-33-011-2017-00144-02

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.

13-001-33-33-011-2017-00144-02

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

- Cedula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de la señora LENIS CAMPO, donde indica que nació el 26 de junio de 1952 (doc. 6-7 expediente administrativo).
- Resolución No. 47591 del 05 de octubre de 2007, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social EICE reconoce la pensión de vejez a la demandante (fols. 9-13 y doc. 16 expediente administrativo).

13-001-33-33-011-2017-00144-02

- Resolución No. RDP 033217 del 08 de septiembre de 2016, por la cual la UGPP niega la reliquidación de la pensión de vejez de la actora (fol. 14-16).
- Resolución No. RDP 044928 del 30 de noviembre de 2016, a través de la cual la entidad demandada resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución 33217 del 8 de septiembre de 2016 (fols. 17- 22).
- Resolución No. RDP 049567 del 29 de diciembre de 2016, mediante el cual la UGPP resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución 33217 del 8 de septiembre de 2016 (fols. 23-26).
- Certificados emitidos por el Hospital Local de Cartagena, en el que se indica el cargo desempeñado por la actora, el tiempo laborado y lo devengado en el último año de servicio (fol. 30-32 y docs. 8).
- Certificado de factores salariales devengados por la demandante (doc. 11-12 expediente administrativo).

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

Los actos enjuiciados en el presente asunto son la: Resolución 47591 del 5 de octubre de 2007 por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la demandante, Resolución RDP 33217 del 8 de septiembre de 2016, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación; Resolución RDP 044928 del 30 de noviembre de 2016 y Resolución RDP049567 del 29 de diciembre de 2016, que resolvieron el recurso de reposición y en subsidio de apelación, en lo referente a la negativa de la reliquidación de la pensión de vejez de la actora.

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por demostrado que la señor LENIS CAMPO DE HERAZO laboró desde el día 02 de marzo de 1982 hasta el 02 de marzo de 2006, esto es, durante 24 años al servicio del Estado en las siguientes entidades: ESE Hospital Local de la Esperanza y en la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias (fols. 32 y doc. 8 expediente administrativo).

Además, se demostró que la demandante cumplió los **55 años de edad, el 26 de junio de 2007**, puesto que su nacimiento se produjo en el año 1952 (doc. 6-7 expediente administrativo), fecha en la que adquirió el status.

13-001-33-33-011-2017-00144-02

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que concuerda este Despacho con lo establecido por el Aquo, en el sentido de determinar que, la señora Campo De Herazo era beneficiaria 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 – 30 de junio de 1995.-, contaba con más de 43 años de edad y 13 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 47591 del 05 de octubre de 2007¹², con base en el régimen de transición y el Dcto 1158/1994 (tasa de reemplazo del 75% y un IBL de 10 años, que era lo que le faltaba para pensionarse a la entrada en vigencia de la Ley 100/93); condicionado su disfrute hasta demostrar el retiro definitivo.

Mediante petición del 28 de abril de 2016 la demandante solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución RDP 033217 del 8 de septiembre de 2016, bajo el argumento de que la misma estaba conforme a las normas aplicables a su caso indicaban¹³; contra esta última, la actora interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones RDP 044928 del 30 de noviembre de 2016¹⁴ que confirmó la decisión anterior, y la RDP 049567 del 29 de diciembre de 2016¹⁵, que ratificó lo resuelto en las ya mencionadas.

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

¹² Folio. 9-13 y doc. 16 expediente administrativo

¹³ Fols. 14-16 cdno 1

¹⁴ Fols. 17-22 cdno 1

¹⁵ Fols. 23-26 cdno 1

13-001-33-33-011-2017-00144-02

ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello.

- ii) O Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión.

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 la señora LENIS CAMPO DE HERAZO cumplió los 20 años de servicio en el año 2002, y los 55 años de edad **el 26 de junio de 2007**; por lo tanto, a la fecha de entrada en vigencia de Ley 100/93 (30 de junio de 1995 para empleados territoriales), **le faltaban 11 años, 11 meses y 25 días para adquirir el status pensional**; por lo que, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales antes citadas, su IBL debía ser liquidado con los últimos 10 años de servicio.

De acuerdo con lo anterior se tiene que, en el evento de que a la actora 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 10 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 47591 del 05 de octubre de 2007, liquidó de manera adecuada la misma en cuanto al IBL.

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,

13-001-33-33-011-2017-00144-02

pues generaría la desnaturalización de la norma aplicable. En ese sentido, se tiene que, la señora LENIS MARÍA CAMPO DE HERAZO 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 de la actora era procedente (pues esta contaba con más de 53 años cuando dejó de laborar, y con 24 años de servicio)¹⁶, le aplicó el régimen de la Ley 100/93 con una tasa de reemplazo del 75%.

De acuerdo con lo anterior, concluye esta Judicatura que la 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 1°. El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así: Base de cotización.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados”*

Conforme al certificado emitido por la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias (fols. 30-31) la demandante devengó los siguientes factores: sueldo básico, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicios, prima

¹⁶ Para ese momento, el artículo 33 de la Ley 100/93 exigía una edad de pensión de 55 años para las mujeres.

13-001-33-33-011-2017-00144-02

de vacaciones, bonificación por servicios, bonificación por recreación, prima de navidad, y *prima de antigüedad*.

De lo anterior se concluye que solo tiene derecho a que se le incluyan, en la liquidación de su pensión el sueldo mensual, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad, sin embargo, en el acto de reconocimiento 47591 del 11 de abril de 2007 no le fue incluida la prima de antigüedad a pesar de que fue devengada de manera periódica, esto es todos los años en el mes de marzo meses, por la demandante, tal y como se encuentra demostrado en los certificados anteriormente citados e igualmente en el expediente administrativo, documentos 11 y 11.

Aunque en el presente caso no hay prueba de que el empleador haya cotizado a pensión sobre la prima de antigüedad, debió hacerlo por mandato legal; y por ello se dispondrá a incluir dicho factor salarial para efectos de establecer su IBL y re liquidar su pensión de jubilación y, en caso de que no se hubieran hecho los aportes sobre dicho factor, se deberá descontar del valor de la condena la suma que corresponda.

Por lo anterior, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se declarará la **nulidad parcial** de la Resolución 47591 del 5 de octubre de 2007 por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la demandante, y la **nulidad total** de la Resolución RDP 33217 del 8 de septiembre de 2016, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación; Resolución RDP 044928 del 30 de noviembre de 2016 y Resolución RDP049567 del 29 de diciembre de 2016, que resolvieron el recurso de reposición y en subsidio de apelación, en lo referente a la negativa de la reliquidación de la pensión de vejez de la actora; y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación de la demandante teniendo en cuenta además de los factores ya reconocidos, el 75% del promedio de la prima de antigüedad a partir del 26 de junio de 2007.

5.5.1. Prescripción.

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 prevén que el lapso en que deben reclamarse las mesadas pensionales es de tres (3) años y que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción por una sola vez y sólo por un lapso igual.

13-001-33-33-011-2017-00144-02

La suspensión del término de prescripción originada en una reclamación administrativa comprende las mesadas causadas dentro de los 3 años previos a dicha reclamación y se extiende durante los tres años siguientes.

En lo que respecta a la prescripción de los derechos reclamados, conforme a las pruebas allegadas al plenario, se puede concluir que el caso concreto operó el fenómeno de la prescripción, toda vez que la señora Lenis María Campo de Herazo se retiró de manera definitiva el 2 de marzo de 2006, la resolución que reconoce la pensión de jubilación fue expedida el 05 de octubre de 2007, solicitó la reliquidación el 28 de abril de 2016 (fol. 14), y la demanda fue presentada el 11 de julio de 2017 (fol. 22); por lo que se concluye que en el presente asunto han prescrito las mesadas anteriores al 28 de abril de 2013.

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,

VI. FALLA

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

13-001-33-33-011-2017-00144-02

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLARESE LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución 47591 del 5 de octubre de 2007 por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la demandante, y **LA NULIDAD TOTAL** de las Resolución RDP 33217 del 8 de septiembre de 2016, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación; Resolución RDP 044928 del 30 de noviembre de 2016 y Resolución RDP049567 del 29 de diciembre de 2016 expedidas por la UGPP, por las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la UGPP, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora LENIS MARÍA CAMPO DE HERAZO, teniendo en cuenta además de los factores reconocidos, el 75% del promedio de la PRIMA DE ANTIGUEDAD, a partir del 26 de junio de 2007.

CUARTO: Las diferencias pensionales que resulten a favor de la demandante deberán ser indexadas, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante a título de diferencia pensional, por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el "DANE", vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada de reajuste pensional, teniendo en cuenta que índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

QUINTO: Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los nuevos factores señalados anteriormente, proceda a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta instancia, en caso de que ello no se hubiere hecho.

13-001-33-33-011-2017-00144-02

SEXTO: DECLARAR la prescripción de las mesadas anteriores al **28 de abril de 2013**.

SÉPTIMO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: NIEGUESE las demás pretensiones de la demanda.

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

DÉCIMO: DEVUELVASE 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.



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARIA GUERRA PICÓN