

Cartagena de Indias D.T y C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-014-2017-00088-01
Demandante	FABIOLA GÓMEZ AVENDAÑO
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 27 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto 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 FABIOLA GÓMEZ AVENDAÑO 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 ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y 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 1-12 cdno. 1

3.1.1. Pretensiones³

PRIMERO: Se declaren nulas las Resoluciones No. RDP 030495 del 27 de julio de 2015 y No. RDP 049953 del 27 de noviembre de 2015, mediante las cuales la UGPP, le niega y confirma la negativa de reliquidarle la pensión del finado Ramiro Ospino Ospino.

SEGUNDO: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la UGPP la reliquidación de la pensión y la indexación de la primera mesada pensional del finado Ramiro Ospino Ospino, teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en los últimos 10 años laborados tales como; asignación básica mensual, prima de antigüedad, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, dominicales y festivos, bonificación por servicios prestados, prima de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones.

TERCERO: Que se reconozcan y paguen las diferencias dejadas de pagar y la indexación de la primera mesada pensional desde la fecha en que se hizo exigible la obligación.

CUARTO: Que se reconozcan y paguen los intereses moratorios.

QUINTO: que se ordene a la UGPP incluir la novedad del incremento en la nómina de pensionados.

SEXTO: Que se condene al pago de costas.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos⁴

Expone que el causante prestó sus servicios como conductor para la ESE San Juan de Dios de Mompox, desde el 1 de febrero de 1978 al 30 de mayo de 2010, devengando durante toda su relación laboral los siguientes factores: asignación básica mensual, prima de antigüedad, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, dominicales y festivos, bonificación por

³ Fl. 6-7 cdno 1

⁴ Fl. 3-6 cdno 1

13-001-33-33-014-2017-00088-01

servicios prestados, prima de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones.

Le fue reconocida la pensión de vejez mediante resolución PAP 002193 del 7 de diciembre de 2009, determinando como fecha de adquisición del status el 20 de diciembre de 2008 fecha en la que cumplió 55 años, y teniendo únicamente como factores salariales; la asignación básica, horas extras y bonificación por servicios prestados.

Que la ESE Hospital San Juan de Dios de Mompox certificó los factores devengados en los últimos 10 años, los cuales no fueron tenidos en cuenta para su pensión.

Aduce que, la resolución que le reconoce la pensión tuvo como fecha de status el 20 de diciembre de 2008, sin embargo, la hicieron efectiva el 1 de septiembre de 2009, por lo que tiene derecho a la indexación de la prima mesada.

Que, mediante derecho de petición del 17 de marzo de 2015, solicitó la reliquidación de la pensión, la cual fue negada a través de la Resolución RDP 030495 del 17 de julio de 2015, y confirmada por Resolución RDP 049953 del 27 de noviembre de 2015.

Finalmente, indica que con ocasión al fallecimiento del causante el 22 de noviembre de 2015, le fue reconocida la pensión de sobreviviente a la aquí demandante.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

- Artículos 1, 2, 4, 13, 29,46, y 56 de la Constitución Nacional
- Ley 62 de 1985
- Ley 100 de 1993

Indica que todas las reliquidaciones tienen que hacerse en los factores salariales que plantea el art. 1 de la Ley 62 de 1985, por lo que la Caja Nacional de Previsión Social, desconoció en su momento el esfuerzo que hizo el legislador al establecer que factores devengados por unos funcionarios eran factores salariales y cuáles no.

13-001-33-33-014-2017-00088-01

Aduce que, en cuanto a la indexación de la primera mesada, la Corte Constitucional ha indicado que los pensionados tienen derecho a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional y que ese derecho se incorpora a su vez el de la indexación del valor de la primera mesada pensional.

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 del 1 al 6 y 11 al 12, sobre los hechos del siete al décimo no fueron aceptados.

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 al causante se le aplicó el régimen que le correspondía para reconocer su pensión, por lo que no es procedente la reliquidación. Afirma que al causante se le aplicó la ley 100/93 y el Decreto 1158/94 que eran los vigentes al momento en el que este 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.

⁵ Folio 66-81 cdno 1

13-001-33-33-014-2017-00088-01

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.

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 INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 27 de agosto de 2018, la Juez Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda.

La A- quo indicó que al causante le era aplicable el régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al entrar en vigencia esa norma contaba con más de 40 años de edad y 15 años de

⁶ Folio 114-121 cdno 1

13-001-33-33-014-2017-00088-01

servicio, en cuanto al IBL trajo a colación la sentencia C 230 de 2015 de la Corte Constitucional, la cual estableció que el IBL es un factor que se encuentra excluido del régimen transicional, de tal manera que para su cálculo, corresponde tener como base los factores que para ello establece el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993.

En ese sentido concluyó que para el caso concreto no era procedente acceder a la reliquidación solicitada, determinado el IBL con base en el régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en este caso los factores previstos en la Ley 33 de 1985, sino los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994, encontrando el despacho que de todos ellos el cónyuge de la demandante solo devengó: asignación básica, horas extras y bonificación por servicios prestados que fueron los mismos tenidos en cuenta para realizar la liquidación.

En cuanto a la indexación de la primera mesada, determinó que no era procedente como quiera que para liquidarla se tomó hasta el día 10 de agosto de 2009, siéndole reconocida a partir del 1 de septiembre de ese mismo año, quedando sujeta al retiro. El causante se retiró el 30 de mayo de 2010, cuando solamente había transcurrido 9 meses, no resultando acreditado el detrimento de la misma.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien la Ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la forma de liquidación, el Consejo de Estado consideró que en ese aspecto debe aplicarse el régimen anterior también, porque resulta más favorable al actor, agregando que de no hacerse de esta manera se desconoce el principio de la situación más favorable al trabajador en caso de la duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Afirma que es más favorable el Decreto 1045 de 1978 en el cual se incluyen todos los factores que constituyen salario, lo que no se predica en el Decreto 1158 de 1994.

Indica que en el caso concreto la entidad reconoció la pensión al amparo del régimen de transición y la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de

⁷ Folio 128-133 cdno 1

13-001-33-33-014-2017-00088-01

servicio no lo es menos en cuanto al IBL (periodo y factores) atendió lo previsto en el inciso 3 del art. 36 de la Ley 100 de 1993, del Decreto 1158 de 1994 y la sentencia SU 230 de 2015, siendo liquidada la misma con fundamento en la Ley 100 de 1993 y no con los lineamientos de la Ley 33 de 1985, ni con la inclusión de todos sus factores salariales.

Finaliza aduciendo que al causante le reconocieron su pensión con los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, sin embargo, la misma fue mal liquidada ya que dicha norma contempla la *prima técnica* y la *prima de antigüedad*, las cuales fueron devengadas en su vida laboral pero no fueron incluidos como factor salarial, tal y como se aprecia en la resolución de reconocimiento de la pensión.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida a este Tribunal el 14 de junio de 2019⁸, por lo que 27 de agosto de 2019 se procedió a admitirla⁹, y se corrió traslado para alegar el 22 de noviembre 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. 12-22).

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,

⁸ Folio 2 cdno 2

⁹ Folio 5 cdno 2

¹⁰ Folio 9 cdno 2

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, los problemas jurídicos que se deben resolver son los siguientes:

¿Tiene derecho la señora FABIOLA GÓMEZ AVENDAÑO a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por su causante en el último año de servicios o con los factores establecidos en el Decreto 1045 de 1978?

¿Tiene derecho la demandante a que se le incluya la prima de antigüedad y la prima técnica, como factores salariales para reliquidar su pensión conforme al Decreto 1158 de 1994?

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. En este caso, el causante no era sujeto de aplicación del Decreto 1042 de 1978, si no de la Ley 33 de 1985 por ser beneficiario del régimen de transición.

En cuanto al segundo problema jurídico, no le asiste derecho a la demandante, a que se le incluyan en su liquidación la prima de antigüedad y la prima técnica solicitada, por no haberla devengado el señor Ramiro Ospino Ospino.

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.”

13-001-33-33-014-2017-00088-01

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*

13-001-33-33-014-2017-00088-01

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 1° de abril de 1994, término de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

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

13-001-33-33-014-2017-00088-01

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".

13-001-33-33-014-2017-00088-01

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.

13-001-33-33-014-2017-00088-01

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

- Copia de la Resolución No. RDP 005095 del 08 de febrero de 2016, mediante la cual la UGPP reconoce una pensión de sobreviviente a la señora Fabiola Gómez Avendaño (fols. 14-16).
- Certificado expedido por el apoderado general de la Fiduprevisora el 26 de mayo de 2009, en el que consta el tiempo de servicio laborado por el causante, los cargos que ocupó y la entidad a la que se le realizaron los respectivos aportes pensionales (fol. 20).

13-001-33-33-014-2017-00088-01

- Mediante Resolución No. 002193 del 7 de diciembre de 2009, Buen Futuro como administradora del patrimonio autónomo de la Caja Nacional de Previsión Social EICE- En liquidación-, reconoció la pensión de vejez del señor Ramiro Ospino Ospino (fols.21-25).
- Resolución RDP 030495 del 27 de julio de 2015, por medio de la cual la UGPP niega la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por el señor Ramiro Ospino Ospino (fols. 28-29).
- Por medio de Resolución RDP 043163 del 20 de octubre de 2015, la UGPP resuelve un recurso de reposición interpuesto por el señor Ospino Ospino en contra de la Resolución RDP 030495 del 27 de julio de 2015 (fols. 31-36).
- A través de Resolución RDP 049953 del 27 de noviembre de 2015, la entidad demandada resuelve un recurso de apelación interpuesto por el causante, en el cual confirma en todas sus partes las Resoluciones anteriores (fols. 38-39).
- Certificado expedido por la E.S.E Hospital San Juan de Dios de Mompox, de los factores devengados por el causante en los últimos 10 años, comprendidos entre 1999 a 2009 (fols.45-55).

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

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por demostrado que el señor Ramiro Ospino Ospino laboró desde el día 1 de febrero de 1978 hasta el 30 de agosto de 2009, esto es, más de 30 años al servicio del Estado en la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Mompox- Bolívar (fols. 20-22).

Además, se demostró que el causante cumplió los **55 años de edad, el 20 de diciembre de 2008**, puesto que su nacimiento se produjo en el año 1953 (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 Ramiro Ospino Ospino 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 42 años de edad y 16 años de servicio. Estima la Sala aclarar que no se le aplica el Decreto 1042

13-001-33-33-014-2017-00088-01

de 1978, porque el señor Ospino no le era aplicable el régimen de transición consagrado en la Ley 33 de 1985, la cual exigía que para febrero de ese año cuando se publicó la misma debía tener 15 años de servicio y el causante para esa fecha escasamente tenía 6 años de trabajo, por lo que no es de recibo los argumentos del recurso de apelación sobre la aplicación de esta normatividad.

Por otra parte, se observa que, atendiendo el cumplimiento de requisitos de ley, Buen Futuro como administradora del patrimonio autónomo de la Caja Nacional de Previsión Social en liquidación- le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución 002193 del 07 de diciembre de 2009¹², 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); condicionada su disfrute hasta demostrar el retiro definitivo.

Mediante petición del 20 de marzo de 2015 el cónyuge de la demandante, solicitó la reliquidación de su pensión de vejez con el último año de servicio, la cual fue resuelta de manera desfavorable por la UGPP con la Resolución No. RDP 030495 del 27 de julio de 2015¹³, reiterándole que al momento de entrar en vigencia la Ley 100/1993 contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios, por lo que los factores salariales a tener en cuenta efectivamente debían ser los establecidos en el Dcto 1158/1994 para determinar el IBL. Contra este acto administrativo el causante interpuso recurso de reposición el cual fue decidido a través de la Resolución RDP 043163 del 20 de octubre de 2015¹⁴, confirmando en todas sus partes la decisión inicial.

No conforme con lo anterior, interpuso recurso de apelación contra la Resolución RDP 043163 del 20 de octubre de 2015, la cual fue resuelta con el acto administrativo No. RDP 049953 del 27 de noviembre de 2015 confirmando en todas sus partes las negativas anteriores¹⁵.

Se precisa que la señora FABIOLA GÓMEZ AVENDAÑO, en la actualidad disfruta de la pensión reconocida al señor Ramiro Ospino Ospino, como

¹² Folio 21-25

¹³ Fols.28-29 cdno 1

¹⁴ Fols. 31-36 cdno 1

¹⁵ Fols. 38-39 cdno 1

13-001-33-33-014-2017-00088-01

cónyuge sobreviviente de acuerdo a lo establecido en la Resolución RDP 005095 del 8 de febrero de 2016¹⁶.

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 hiciera 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 el señor Ramiro Ospino Ospino cumplió los 20 años de servicio el en el año 1998, aproximadamente y los 55 años de edad **el 20 de diciembre de 2008**; por lo tanto, a la fecha de entrada en vigencia de Ley 100/93 (1º de abril de 1994), **le faltaban 13 años aproximadamente para adquirir el status pensional**; por lo que, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales antes citadas, su IBL debía ser liquidado con base en los últimos 10 años anteriores al cumplimiento del derecho.

¹⁶ Fols. 14-16 cdno 1

13-001-33-33-014-2017-00088-01

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 10 años; 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 Buen Futuro (patrimonio autónomo de la Caja Nacional de Previsión Social), en el primer acto administrativo en el que reconoció la pensión al causante, Resolución 002193 del 07 de diciembre de 2009, liquidó de manera adecuada la misma.

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, pues generaría la desnaturalización de la norma aplicable. En ese sentido, se tiene que, la señora FABIOLA GÓMEZ AVENDAÑO no podría pretender la aplicación de una tasa de reemplazo mayor, y la aplicación del régimen de transición, por lo cual, Buen Futuro (patrimonio autónomo de la Caja Nacional de Previsión Social), al encontrar que la solicitud del causante señor Ramiro Ospino Ospino era procedente (pues este contaba con más de 61 años cuando dejó de laborar, y con más de 30 años de servicio)¹⁷, 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.

¹⁷ Para ese momento, el artículo 33 de la Ley 100/93 exigía una edad de pensión de 60 años para las hombres.

13-001-33-33-014-2017-00088-01

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"*

Sea lo primero aclarar que, con la demanda la actora solicita la reliquidación de su pensión con los factores devengados en el último año de servicios esto es Ley 33 de 1985. Sin embargo, y ante la negativa de prosperidad de sus pretensiones en primera instancia, en el recurso de apelación alega que, si bien le reconocieron su pensión con los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, la misma fue mal liquidada ya que dicha norma contempla la prima técnica y la prima de antigüedad, las cuales fueron devengadas en su vida laboral pero no fueron incluidos como factor salarial, tal y como se aprecia en la resolución de reconocimiento de la pensión.

En ese sentido, y dado que contra el primer argumento, esto es, - la no procedencia de su reliquidación pensional con base en la Ley 33 de 1985-, esta Sala concuerda con lo determinado por la entidad demandada en los actos demandados y el Juez de primera instancia, en el sentido de concluir que el causante era beneficiario del régimen de transición, y que los factores a tener en cuenta son los del Decreto 1158 de 1994.

Se procederá a estudiar el segundo argumento expuesto en el recurso de alzada, esto es la inclusión de la prima técnica y la prima de antigüedad establecida en la norma *ibídem*.

Conforme a los certificados allegados por la demandante, de lo devengado por el causante en los últimos 10 años de servicios, emitido por el Gerente Liquidador de la ESE Hospital San Juan de Dios de Mompox, percibió los

13-001-33-33-014-2017-00088-01

siguientes factores: sueldo mensual, horas extras, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad (fl. 45-55). De estas pruebas se aprecia claramente que en los últimos 10 años de servicios nunca devengó ni prima de antigüedad ni prima técnica, por lo que ellas no pueden ser incluidas como factores salariales para la liquidación de la pensión de la demandante.

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 horas extras, pues ninguno de los otros emolumentos devengados hace parte del decreto en cita; por lo que los actos administrativos demandados están ajustados a derecho.

En ese orden de ideas, no es procedente ordenar la inclusión de nuevos factores salariales a la pensión de la señora FABIOLA GÓMEZ AVENDAÑO.

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,

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. 038 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARIA GUERRA PICÓN