Cartagena de Indias D.T y C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2017-00168-01**
Demandante	**ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIAS**
Demandado	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**
Tema	*Reliquidación pensional, solicita aplicación de la Ley 33/85 con la inclusión de todos los factores salariales – revoca y concede pretensiones.*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II-. PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión[1], resolver la apelación interpuesta, por la parte demandante, contra la sentencia del 18 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante 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 demanda[2].

3.1.1. Pretensiones[3]

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución RDP 045023 del 30 de noviembre de 2016, expedida por la UGPP, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez. De igual forma, que se declare la nulidad del acto administrativo vertido en la Resolución 011760 de fecha 23 de marzo de 2016, por medio de la cual se confirma la decisión anterior.

---

[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] Folios 1-9 cdno 1
[3] Folio 3 y rev. cdno 1

SEGUNDA: Que se declare que la UGPP al expedir la Resolución UGM 028306 de fecha 23 de enero de 2012, no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que remuneraron el servicio prestado por la accionante en el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2007 y el 15 de julio de 2008.

TERCERA: Que se condene a la UGPP a reliquidar la mesada Pensional de la accionante con la inclusión de todos los factores salariales que ésta devengaba y que no fueron incluidos en la Resolución UGM 028306 de fecha 23 de enero de 2012, en el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2007 y el 15 de julio de 2008.

CUARTO: Que se actualice el promedio base de liquidación, teniendo en cuenta que el último día laborado fue el 15 de julio de 2008, y el reconocimiento y pago de la pensión se dio el 23 de enero de 2012.

QUINTO: Que se ordene el pago de las diferencias generadas desde el 9 de septiembre de 2010 hasta que se resuelva de manera favorable la demanda y, de ahí en adelante.

SEXTO: Que se ordene el pago de los intereses de mora, o en subsidio, que se reconozca la indexación de los dineros que resulte.

3.1.2. Hechos[4]

En la demanda se expone que la señora ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIAS nació el 9 de septiembre de 1955, por lo que cumplió los 55 años en el 2010.

Que laboró ininterrumpidamente entre el 15 de marzo de 1973 y el 15 de julio de 2008, en el Servicio Seccional de Salud de Bolívar, como servidora pública, desempeñando el cargo de Auxiliar del Área de la Salud, Código 412; el número total de semanas laboradas fue de 1.842.

La señora DÍAZ DE TAPIAS presentó solicitud de pensión de jubilación el 23 de mayo de 2011, ante Cajanal, siendo reconocida la misma a través de Resolución UGM 028306 de fecha 23 de enero de 2012, conforme las previsiones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158/94. Al momento de realizar el reconocimiento anterior y determinar el IBL, Cajanal

[4] Folio 3 REV Y 4 cdno 1

no tuvo en cuenta los siguientes factores: subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad, y las horas extras.

Por no estar de acuerdo con la liquidación anterior, la accionante presentó una solicitud de reliquidación de su pensión, el 16 de julio de 2016, ante la UGPP., la cual fue resuelta por medio de la Resolución RDP 045023 del 30 de noviembre de 2016, de manera negativa. Contra esta decisión se presentó recurso de apelación, siendo resuelto a través de la Resolución 011760 de fecha 23 de marzo de 2016, confirmando la negativa.

3.1.3. Normas Violadas y Concepto De Violación

Como normas violadas se alegan los artículos 53 de la Constitución Política Colombiana, así como el artículo 50 y ss de la Ley 1437 de 2011, el Decreto 1042/78 y 1045/78, las Leyes 33/85 y 62/85, así como la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010; artículo 21, 34, 36 Ley 100/93.

Sostiene que los actos administrativos demandados son violatorios de las normas antes relacionadas toda vez que la accionante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100/93, y su pensión debió ser liquidada con el promedio de la totalidad de los factores salariales devengados por ella en el último año de servicios, periodo que se comprende desde el 16 de julio de 2007 hasta el 15 de julio de 2008. Por el contrario, la Resolución UGM 028306 del 23 de enero de 2012, dio aplicación del Decreto 1185/94 y solo tuvo en cuenta los factores relacionados en dicha norma.

Que la Resolución UGM 028306, para calcular el IBL solo tuvo en cuenta la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y las horas extras, dejando por fuera el subsidio de transporte, prima de alimentación, la prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad, la bonificación por servicios prestados y las horas extras con recargos nocturnos.

Solicita que se tengan en cuenta las sentencias del Consejo de Estado que avalan la aplicación del principio de favorabilidad y consideran los factores enunciados en la Ley 33 y 62/85 no son taxativos; en ese sentido, todos los factores que el servidor de manera habitual y periódica como retribución de sus servicios constituyen el salario base para la liquidación del IBL.

Alega que la UGPP cometió un error al aplicar la sentencia C-258/13 al caso de la accionante, como quiera que la misma se refiere únicamente a las pensiones que reciben los congresistas y magistrados de las altas cortes, las cuales se subsidian en un alto porcentaje con recursos públicos.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA UGPP[5]

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que son ciertos los hechos expuestos en la misma en relación con el cumplimiento de los requisitos para la pensión de la accionante y el proceso de su reconocimiento, sin embargo, no acepta los hechos relacionados con consideraciones e interpretaciones que el demandante hace de las normas, puesto que ese no es el acápite en el cual deben desarrollarse los mismos.

Indica que es cierto que a la accionante se le reconoció la pensión con fundamento en la Ley 100/93, y el IBL se calculó con base en el artículo 36, con el 75% de los factores establecidos en el Decreto 1158/94; la resolución de reconocimiento incluyó los factores sobre los cuales se realizaron descuentos para pensión. Alega que la demandante confunde el término devengar con percibir, en ese sentido, los factores salariales son únicamente los considerados remunerativos, no aquellos que no enriquecen al trabajador, como es el auxilio de transporte, la prima de alimentación y demás.

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 accionante se le aplicó el régimen que le correspondía para reconocer su pensión, por lo que no es procedente la reliquidación.

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

[5] Folio 58-70 cdno 1

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 mismos 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 Justica 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 INSTANCIA[6]

El Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, dictó sentencia el 18 de abril de 2018, negando las pretensiones de la demanda, en aplicación de las sentencias SU-395/17 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

[6] Folios 431-438 No. 3

Al respecto expuso que, luego de realizar el análisis de las pruebas allegadas al proceso, el Juez a quo encontró demostrado que la accionante en el año anterior a la adquisición del status devengó: asignación básica, bonificación por servicios, horas extras, prima de antigüedad, subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral, y navidad; sin embargo, no encontró probado que se hubieran realizado cotizaciones sobre los factores que pretende que hoy día la accionante que se le incluyan (subsidio de transporte, prima de alimentación, la prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad).

Adicionalmente expuso que, en el acto de reconocimiento de pensión, Cajanal le reconoció a la demandante una prestación con una tasa de reemplazo del 78.96%; y en este evento, no se demostró que la liquidación con base en la Ley 33/85 fuera más favorable.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN[7]

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, solicitando la revocatoria de la misma, para que se acceda a las pretensiones de la demanda.

Alega que para efectos de liquidar el IBL de la señora ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIAS, debían tenerse en cuenta todos los factores salariales cotizados durante el último año de servicio, comprendido entre el 1 de junio de 2007 y el 31 de mayo de 2008, sobre un monto del 75% de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 33/85.

Explica, que la totalidad de los factores sobre los cuales la accionante realizó cotización corresponden a la asignación básica, bonificación por servicios, horas extras, prima de antigüedad, subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral, y navidad.

Expone que, de acuerdo con la liquidación visible a folio 24, la señora ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIAS recibió durante su último año de servicios un total de $21.077.008 por concepto de salarios, lo que dividido entre 12 meses, corresponde a $1.756.417; y, el 75% de ello corresponde al $1.317.312 valor que

[7] Folio 439 – 442 No. 3

es superior al reconocido a la actora en la Resolución UGM 028306 del 23 de enero de 2012, equivalente a $1.249.786, para la vigencia de 2010.

Sostiene que el a quo yerra al apartarse del precedente del Consejo de Estado y acoger las sentencias C-258/13, SU-230/15 y SU-395/17, puesto que las mismas se refieren es al tema de las pensiones de los congresistas y magistrados de las altas cortes que devengan prestaciones de alto costo, mientras que en el caso de marras, se trata de una pensión que no supera los 3 salarios mínimos mensuales, y que no es subsidiada, sino que es financiada por los mismos aportes de la beneficiaria. Advierte, que la propia Corte Constitucional determinó que las sentencias en comento no serían extensivas a otros regímenes pensionales, creados por otras normas.

Afirma, que el Consejo de Estado en sentencia del 25 de febrero de 2016, ratificó su posición frente a la aplicación de la Ley 33/85 y el régimen de transición; asegurando que de dicha interpretación se exceptúan los congresistas y magistrados regidos por la Ley 4 de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional.

3.5 TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

El presente asunto, fue repartido a este Tribunal por medio de acta del 18 de mayo de 2018[8], siendo admitido el mismo el día 28 de septiembre de 2018[9]; y el 8 de abril de 2019 se procedió a correr traslado para alegar de conclusión[10].

Por medio de escrito del 12 de abril de 2019[11], el Ministerio Público interpuso recurso de reposición contra la providencia anterior; siendo resuelto el mismo mediante auto del 11 de julio de 2019[12].

3.6 ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

3.6.1. Parte Demandante[13]: Reitera los argumentos esbozados en la demanda y la impugnación, además aporta una sentencia de este Tribunal como precedente.

[8] Folio 2 c. 4
[9] Folio 4 c. 4
[10] Folio 8 c. 4
[11] Folio 11-12 c. 4
[12] Folio 41 c. 4
[13] Folios 19-20 c. 4

3.6.2. Parte Demandada[14]: Insiste en los argumentos expuesto en la contestación de la demanda.

3.6.3. Ministerio Público: No presentó concepto.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

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 ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIA a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año de servicios?*

5.3. Tesis de la Sala

En este caso no es posible acceder a la reliquidación pensional con el último año de servicio prestado y la inclusión de todos los factores salariales de la señora ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIA, como quiera que la sentencia SU del 28 de agosto de 2018, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dispone que 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.

[14] Folios 44-48 Ibidem

A pesar de lo anterior, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para ordenar la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión de la bonificación por antigüedad, que fue devengada por la accionante durante los últimos 10 años de servicio, pero que solamente fue tenida en cuenta por la UGPP desde el año 1998 hasta el 2003; omitiendo su inclusión en los años 2004-2007.

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 1°.- El empleado oficial que sirva o haya* ***servido veinte (20) años*** *continuos o discontinuos y llegue a* ***la edad de cincuenta y cinco (55)*** *tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al* ***setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio***.
>
> *No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*
> *(…)*

Debe tenerse en cuenta entonces, que bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, el empleado público tendría derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre y cuando hubiera prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tuviera la edad de 55 años.

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

> *"ARTICULO 3. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
>
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los*

siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

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

La disposición antes referida fue modificada por el artículo 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 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 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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*".

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

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 expuso[11]:

"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

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 hiciere 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 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[…] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad,

el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periodicamente 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

Con la demanda, se aportó el siguiente certificado:

- Certificado emitido por la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar, en el que se hace constar que la señora DÍAZ DE TAPIA laboró para la ESE HOSPITAL MONTE CARMELO DEL CARMEN DE BOLÍVAR, como empleada pública desde el 15 de marzo de 1973, hasta el 15 de julio de

2008, desempeñando el cargo de Auxiliar en el Área de la Salud, Ayudante de Enfermería y como Auxiliar de Enfermería (fl. 14 y 15 c. 1).

De acuerdo con el expediente administrativo traído al proceso, y visible a folio 99-421:

- Registro civil de nacimiento de la señora ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIA en el que se incida que esta nació el 9 de septiembre de 1955, por lo que los 55 años de edad los cumplió en el 2010 (fl. 105 c. 1).

- Certificado emitido por la Gobernación de Bolívar, el 30 de marzos 2011, en el que se hacen constar los factores salariales devengados por la actora en los años 1998 a 2008, así (fl. 108-111 c. 1).:

    - **Sueldo mensual (1998 a 2008)**
    - subsidio de transporte, (1998 a 2003, 2004, 2005)
    - prima de alimentación, (1998 a 2008)
    - **bonificación por servicios, (1998 a 2008)**
    - **bonificación por antigüedad, (1998 a 2003)**
    - prima de vacaciones, (1998 a 2008)
    - prima semestral, (1998 a 2008)
    - prima de navidad, (1998 a 2008)
    - **promedio de recargo mensual (1998 a 2007)**

- Resolución UGM 028306 del 23 de enero de 2012 (fl. 123-126 c. 1), por medio de la cual se le reconoció una pensión de jubilación a la accionante, manifestando que la misma contaba con más de 1.817 semanas de cotización, con 56 años de edad (a la fecha de expedición del acto).

  Así mismo expuso, que a la accionante se le aplicaría el artículo 33 de la Ley 100/93, que es más favorable, teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas, a efectos de aplicarle una tasa de reemplazo del 78.96%, sobre el ingreso base de liquidación. Que, para el IBL se tomaría con base en los últimos 10 años de servicio (desde el 16 de julio de 1998 hasta el 15 de julio de 2008), y se le incluirían los siguientes factores: **asignación básica, bonificación por servicios, horas extras, prima de antigüedad (esta última desde 1998 a 2003)**.

La mesada pensional quedó fijada en la suma de $1.249.786 pesos, efectiva a partir del 9 de septiembre de 2010, fecha en la que adquirió el status pensional.

- Formato No. 3 – Certificación de Salarios mes a mes, en el que consta que la accionante desde 1998 hasta 2008 cotizó sobre salario básico y otros factores del Decreto 1185/94 (fl. 175-178 c. 1)

- Certificado emitido por la Gobernación de Bolívar, el 30 de marzos 2011, en el que se hacen constar los factores salariales devengados por la actora en los años 1998 a 2008, así (fl. 194-197 c. 1):

  - **Sueldo mensual (1998 a 2008)**
  - subsidio de transporte, (1998 a 2002, y 2004-2005 y 2007)
  - prima de alimentación, (1998 a 2008)
  - **bonificación por servicios, (1998 a 2008)**
  - **bonificación por antigüedad, (1998 a 2007)**
  - prima de vacaciones, (1998 a 2008)
  - prima semestral, (1998 a 2008)
  - prima de navidad, (1998 a 2008)
  - **promedio de recargo mensual (1998 a 2007)**

- durante los años de 2013 a 2016 la parte accionante presentó un sin número de peticiones de reliquidación de pensión, las cuales fueron despachadas de manera desfavorable por la entidad accionada (c. 2)

- El 18 de julio de 2016, la accionante presentó un nuevo derecho de petición solicitando la reliquidación de la pensión con fundamento en la Ley 33/85, el cual fue resuelto por medio de la Resolución RDP 045023 del 30 de noviembre de 2016, que negó la reliquidación anterior (fl. 333-339 c. 2)

- Contra esta decisión se presentó recurso de apelación, el 21 de diciembre de 2016, el cual fue resuelto mediante Resolución RDP 011760 del 23 de marzo de 2017 que confirma lo anterior (fl. 359-364 c. 2).

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 la señora ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIA, laboró por más de **34 años** al servicio laboró para la ESE HOSPITAL MONTE CARMELO DEL CARMEN DE BOLÍVAR, como empleada pública desde el 15 de marzo de 1973, hasta el 15 de julio de 2008, desempeñando el cargo de Auxiliar en el Área de la Salud, Ayudante de Enfermería y como Auxiliar de Enfermería (fl. 14 y 15 c. 1). Además, se demostró que la interesada cumplió los **55 años de edad, 9 de septiembre de 2010**, puesto que su nacimiento se produjo en el año 1955 (fl. 105).

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que la señora DÍAZ DE TAPIA es 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 39 años de edad y 22 años de servicio.

Por otra parte, se observa que, atendiendo el cumplimiento de requisitos de ley, Cajanal le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución UGM 028306 del 23 de enero de 2012, con base en el artículo 33 de la Ley 100/93, que es más favorable, teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas, a efectos de aplicarle una tasa de reemplazo del 78.96%. Para el IBL, tuvo en cuenta los últimos 10 años de servicio (desde el 16 de julio de 1998 hasta el 15 de julio de 2008), y se le incluirían los siguientes factores: **asignación básica, bonificación por servicios, horas extras, prima de antigüedad (esta última desde 1998 a 2003)**.

Ahora bien, en esta demanda se reclama que se le reliquide la pensión con fundamento en el régimen de transición de la Ley 100/93, y que, en virtud a ello, se le aplique de manera íntegra la Ley 33/85 con todos los factores salariales devengado en el último año de servicio. El juez de primera instancia no accedió a lo pedido por no encontrar demostrado que la interesada haya realizado cotizaciones sobre todos los factores del último año, además, porque no demostró que las condiciones de la Ley 33/85 fueron más favorables que las aplicadas en la resolución que reconoció la pensión.

En el recurso de apelación, la demandante insiste en que se le aplique la Ley 33/85, en virtud del régimen de transición, y señala que éste sí es más favorable si se liquida la pensión sobre el 75% del total de los factores del último año.

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

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

Como quedó sentado en el marco normativo de esta providencia, el Consejo de Estado ha establecido, por medio de sentencia de unificación del año 2018 que el IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100/93 es el siguiente:

i. A quien le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión (a la fecha en entrada en vigencia de la Ley 100/93), el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello.

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 ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIA adquirió el status pensional **el 9 de septiembre de 2010;** por lo tanto, a la fecha de entrada en vigencia de Ley 100/93 (**30° de junio de 1995**), **le faltaban más de 10 años para adquirir el status pensional**; por lo que, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales antes citadas, su IBL debía ser liquidado con base en ese término.

En el sub examine, advierte este Tribunal que Cajanal, liquidó de manera adecuada la pensión de la accionante; pues aplicó el IBL de los últimos 10 años.

- **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 el certificado emitido por la Gobernación de Bolívar, el 30 de marzo 2011, los factores salariales devengados por la actora en los años 1998 a 2008, fueron los siguientes (fl. 108-111 c. 1):

- **Sueldo mensual (1998 a 2008)**
- subsidio de transporte, (1998 a 2003, 2004, 2005)
- prima de alimentación, (1998 a 2008)
- **bonificación por servicios, (1998 a 2008)**
- **bonificación por antigüedad, (1998 a 2003)**
- prima de vacaciones, (1998 a 2008)
- prima semestral, (1998 a 2008)
- prima de navidad, (1998 a 2008)
- **promedio de recargo mensual (1998 a 2007)**

Estos mismos factores salariales fueron reconocidos por Cajanal en la Resolución UGM 028306 del 23 de enero de 2012, advirtiendo este Tribunal que en la resolución en cita se tuvo en cuenta el concepto de "horas extras",

mientras que los certificados indican que fueron recargos nocturnos, sin embargo, se verifica que los valores corresponden a los mismos por lo que deben entenderse que se trata del mismo concepto. Por otra parte, se tiene que la **bonificación por antigüedad se reconoció únicamente en los años 1998 a 2003,** en concordancia con lo establecido en el certificado precitado; sin embargo, no puede perderse de vista que en el expediente administrativo traído al proceso por la misma UGPP consta otro certificado laboral, expedido por la Gobernación de Bolívar, el **30 de marzos 2011** (fl. 194-197 c. 1), en el que se hace constar que la señora ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIA devengó la **bonificación por antigüedad desde 1998 hasta el año 2007.**

De lo anterior se concluye que la accionante tiene derecho a que se le reliquide su pensión con la inclusión de la bonificación por antigüedad, devengada en los últimos 10 años, es decir desde 1998 hasta el 2007, puesto que se encuentra demostrado en el proceso que sí la devengó; ahora bien, no es posible saber si la señora Diaz de Tapia realizó cotizaciones sobre la misma, toda vez que en el Formato No. 3 – Certificación de Salarios mes a mes, se hace constar solamente que la accionante cotizó sobre salario básico y otros factores del Decreto 1185/94, entre los años 1998-2008 (fl. 175-178 c. 1), sin identificar a que factores corresponden esos descuentos; sin embargo, Cajanal le reconoció la prima de antigüedad desde 1998-2003.

En virtud de lo anterior, este Tribunal ordenará la reliquidación de la pensión de la accionante, solamente para que se le incluya la prima de antigüedad desde el año 2004 hasta el año 2008; y, en caso de que no se hayan realizado los correspondientes descuentos para pensión durante ese lapso, los mismos se hagan al momento de realizar la reliquidación.

Por otra parte, no es posible acceder al reconocimiento de la inclusión de los demás factores salariales, como quiera que los mismos no corresponden con los enlistados en el Decreto 1185/11.

Para finalizar es preciso exponer que el régimen aplicado a la demandante le es más favorable que el que ahora persigue, si se tiene en cuenta que en ambos casos los factores salariales a liquidar son los mismos, el IBL entre uno y otro es igualmente de 10 años; pero, la tasa de reemplazo es mejor en la Ley 100/93 es de 78.96%, y en la Ley 33/85 es solo del 75%.

Atendiendo todo lo anterior, este Tribunal procederá a revocar la sentencia de primera instancia.

5.5.4 Prescripción

Vemos que la fecha en que la señora ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIA, adquirió su status pensional fue el 9 de septiembre de 2010, y la reclamación administrativa se hizo el 23 de mayo de 2011 (fl. 123-126 c. 1), luego entonces, dicha petición interrumpió la prescripción por una sola vez, comenzando nuevamente los términos de la misma hasta el 23 de mayo de 2014. Ahora bien, la demanda se presentó la demanda el 25 de julio de 2017, es decir, por fuera de los 3 años de prescripción, por lo que deben entenderse que dicho fenómeno procesal ha tenido efectos sobre las mesadas anteriores al 25 de julio de 2014.

5.5.5. Ajuste del valor de la condena

Se aplicará el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y la siguiente fórmula fijada por el Consejo de Estado para ese efecto: R = Rh x índice final/ índice inicial. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que en el evento de condena, sería el valor de cada diferencia de mesada no prescrita causada a favor de la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia condenatoria, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago completo de la respectiva mesada.

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, numeral 4, señala que "*cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias*".

No obstante lo anterior, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de

imponerla en el caso concreto, en ambas instancias, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo.

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 esta demanda.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución RDP 045023 del 30 de noviembre de 2016, expedida por la UGPP, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez de la señora ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIA y de la Resolución 011760 de fecha 23 de marzo de 2016, por medio de la cual se confirmó la decisión anterior.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-, a reliquidar la pensión de jubilación gracia a la señora ELSA ISABEL DÍAZ DE TAPIA, con la inclusión de la prima de antigüedad entre los años 2004 a 2007. Si no se hubieren realizado aportes a pensiones sobre dicha prestación durante ese periodo de tiempo, procédase con el descuento de los mismos.

CUARTO: Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se indexarán aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final (fecha de ejecutoria de esta providencia) entre el índice inicial (fecha en que debió efectuarse el pago).

QUINTO: DECLARAR que ha operado la prescripción de las mesadas anteriores al 25 de julio de 2014.

SEXTO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS en ese asunto, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente 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.070 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN