



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, seis (6) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ISMAEL SORA SÁNCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES
RADICADO: 20-001-33-33-007-2017-00255-01
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO. -

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo pasivo de la Litis en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 28 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de (i) inexistencias de las obligaciones reclamadas, (ii) cobro de lo no debido, (iii) prescripción propuestas por el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, de acuerdo a lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: Declárese la nulidad parcial- en lo que respecta a la liquidación de la mesada pensional- de los actos administrativos (i) resolución No GNR 228957 del 29 de julio de 2015, mediante la cual COLPENSIONES le negó al señor ISMAEL SORA SANCHEZ, la reliquidación de su pensión de jubilación acorde con el régimen especial de pensiones de los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional del INPEC (...).”

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, efectuar la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al señor ISMAEL SORA SANCHEZ, tomando como base el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio (...).”

CUARTO: Se autoriza a la entidad demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para deducir los aportes que se debieron realizar sobre los valores que se ordena adicionar en este fallo (...).”

QUINTO: Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad demandada debe aplicar el ajuste de valores contemplado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (...).”

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo dentro del termino previsto en el articulo 192 del CPACA y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 ibidem.

SEPTIMO: No se condenará en costas, en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

OCTAVO: En firme este fallo, DEVUELVASE al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso (...)”¹.

II.- ANTECEDENTES. -

PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de reparación directa, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad parcial de la resolución No GNR 228957 del 29 de julio de 2015, expedida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, mediante la cual la entidad demandada le negó al señor ISMAEL SORA SANCHEZ, identificado con C.C No. 7.163.744, expedida en Tunja, el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación (...)”.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la resolución No GNR 373487 del 23 de noviembre de 2015, por medio de la cual la entidad demandada resolvió recurso de reposición contra la resolución No GNR 228957 del 29 de julio de 2015 y resolvió confirmar la reliquidación deprecada (...)”

TERCERO: Que se declare la nulidad de la resolución No. VF5 7781 del 16 de febrero del 2016, por medio de la cual se resolvió recurso de apelación presentado en forma subsidiaria al de reposición contra la resolución No. GNR 228957 del 23 de julio de 2015 (...)”².

2.1.- HECHOS. -

Los fundamentos fácticos de las pretensiones invocadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así³:

Se indica que el señor Ismael Sora Sánchez, ingresó como servidor público en el cargo de dragoneante del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en adelante INPEC, el día 12 de julio de 1991 y por cumplir 20 años de servicio al Estado, sin ninguna interrupción en dicho tiempo, el día 12 de julio de 2011 adquirió el estatus de pensionado, en virtud de lo cual la Administradora Colombia de Pensiones- COLPENSIONES mediante la resolución No. GNR 187706 del 19 de julio de 2013 reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación del demandante.

Indicó que el día 4 de noviembre de año 2014, el demandante solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión de jubilación y reconociera el derecho y pago a su mesada 14, por ser beneficiario del régimen de transición especial de pensiones establecido en el parágrafo transitorio quinto del Acto Legislativo 01 de 2005 y el Decreto 1950 de 2005, el cual remite a lo contemplado en el Decreto 2090 de 2003, resultando aplicable la Ley 23 de 1986, Decreto 407 de 1994 y el articulo 45 del Decreto 1045 de 1978.

¹ Folio 350 del expediente.

² Folio 67-69 del expediente.

³ Folio 3 y 4 del expediente.

Manifestó que mediante la Resolución No. GNR 228957 del 29 de julio de 2015 la entidad demandada reconoció que el demandante era beneficiario del régimen especial de pensiones y ordenó reliquidar la prestación pensional, pero al momento de reliquidarla no incluyó dentro del IBL, la prima de riesgo, la bonificación por servicios prestados y el auxilio familiar del 7%.

Refiere que los recursos de reposición en subsidio de apelación interpuestos por el hoy accionante, fueron resueltos por Colpensiones mediante las Resoluciones No. GNR 373487 del 23 de noviembre de 2015 y VPB 7781 del 16 de febrero de 2015 respectivamente, confirmando la resolución recurrida en todas sus partes; en la primera de ellas reconoció que el señor Sora Sánchez tenía derecho al reconocimiento de su mesada 14 y, en la segunda, denegó el reconocimiento de dicha mesada con el falso argumento de que había causado su derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 31 de julio del 2011.

El INPEC mediante la circular No. 000027 del 12 de junio de 2013 ordenó el pago y los descuentos retroactivos de los aportes por los salarios y demás prestaciones legales percibidas por el empleado público desde el año 1994 para el correspondiente pago de la cotización de todos los factores salariales devengados por los funcionarios del INPEC, por lo tanto añade que al demandante se le debe reliquidar su pensión de jubilación como beneficiario del régimen de transición constitucional y especial de pensiones establecido constitucionalmente por los miembros del INPEC.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (7°) Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019), concedió las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) En el presente asunto, el 20 de enero de 2014 el INPEC aceptó la renuncia del cargo que venía desempeñando el accionante, a partir del 1 de marzo de 2014, reactivándose la pensión del asegurado, a partir del 7 de abril de 2014 y el día 4 de noviembre de 2014 elevó la solicitud de reliquidación de su pensión de jubilación y el reconocimiento y pago de su mesada catorce quedando en firme la actuación administrativa originada, el día 23 de febrero de 2016 según consta a folio 26, la notificación de la Resolución VPB 7781 del 16 de febrero de 2016 y presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el día 4 de diciembre de 2017, razón por la cual no hay lugar a declarar mesadas prescritas, de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, a efectuar la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al señor ISMAEL SORA SANCHEZ, tomando como base el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, tales como: sueldo, sobresueldo, prima de riesgo, prima de servicios, prima de vacaciones, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad y bonificación especial por recreación; además el reconocimiento y pago de la mesada catorce (14) correspondiente al mes de junio (...).⁴

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

⁴ Folio 345- 349 del expediente.

Del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de fecha 28 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Valledupar, donde el apoderado hace un análisis acerca de la decisión de primera instancia indicando inicialmente que es evidente que al actor le asiste el derecho que su pensión sea liquidada con base en el régimen especial contenido en la Ley 32 de 1986; en ese sentido, afirma que Colpensiones ordenó la liquidación de la pensión del hoy demandante con base en lo percibido último año de servicios.

En ese sentido, afirma que en la liquidación de la pensión se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, esto es, de conformidad con los factores salariales enunciados en el artículo 45 de Decreto 1045 de 1978, por lo que no resulta procedente la reliquidación que ordenó el Despacho de origen.

Sobre el reconocimiento de la mesada 14, se limitó a enunciar la normatividad aplicable al caso, precisando que el actor no tiene derecho a dicho reconocimiento.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 4 de julio de 2019, se admitió el recurso de apelación formulado por el extremo pasivo de la Litis, contra la sentencia proferida por el Juzgado séptimo (7°) Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Valledupar⁵.

Por auto del 25 de julio de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁶.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Sr. Agente del Ministerio Público adscrito ante este Despacho Judicial no rindió concepto dentro del presente asunto.

2. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo pasivo de la Litis, contra la sentencia del 28 de febrero de 2019.

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandada, contra la sentencia fechada 28 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado séptimo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Valledupar.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito de Valledupar, por medio de la cual concedió las pretensiones debe ser revocada, según lo argumentado por la parte demandada en el sentido de que la pensión cuya reliquidación se ordenó fue concedida de conformidad con la normatividad aplicable

⁵ Folio 377 del expediente.

⁶ Folio 380 del expediente.

al caso o si, por el contrario, la misma debe ser confirmada en los términos establecidos por el Despacho de instancia.

2.3. PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

Fotocopia de la cedula del señor Ismael Sora Sánchez⁷.

Formato No.1 de certificación de información laboral, donde consta los periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones⁸.

Formato No, 2 de certificación de salario base, donde consta los bonos pensionales de las personas incorporadas el sistema general de pensiones y tengan derecho al mismo⁹.

Formato No. 3 (B) de certificación de salario mes a mes, para liquidar pensiones del régimen de prima media¹⁰.

Certificación de valores pagados No. 0036, donde se hace constar los periodos de cotización del señor Ismael Sora Sánchez¹¹.

Resolución No. 000111 del 20 de enero de 2014, por la cual se acepta una renuncia en la planta de personal del INPEC¹².

Resolución GNR 187706 del 19 de julio de 2013 expedida por COLPENSIONES, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez¹³.

Notificación de resolución que resuelve una solicitud de prestación económica¹⁴.

Resolución GNR 228957 del 29 de julio de 2015 expedida por COLPENSIONES, por la cual se ordena la reliquidación de una pensión mensual vitalicia de vejez¹⁵.

Notificación de resolución que resuelve una solicitud de prestación económica¹⁶.

Resolución GNR 3734487 del 3 de noviembre de 2015, por la cual se resuelve recurso de reposición de la resolución GNR del 29 de julio de 2015¹⁷.

Resolución VPB 7781 del 16 de febrero de 2016, por la cual se resuelve un recurso de apelación contra la resolución GNR 228957 del 29 de julio de 2015¹⁸.

Circular No. 000027 expedido por el INPEC, donde refiere a la aplicación del régimen de transición pensional al cuerpo de custodia y vigilancia¹⁹.

⁷ Folio 2 del expediente.

⁸ Folio 3 del expediente.

⁹ Folio 4 del expediente.

¹⁰ Folio 5-11 del expediente.

¹¹ Folio 16- 22 del expediente.

¹² Folio 23 del expediente.

¹³ Folio 24-25 del expediente.

¹⁴ Folio 27 del expediente.

¹⁵ Folio 28-30 del expediente.

¹⁶ Folio 31 del expediente.

¹⁷ Folio 32-35 del expediente.

¹⁸ Folio 37-40 del expediente.

¹⁹ Folio 41-44 del expediente.

Certificación de valores pagados expedida por el coordinar del grupo de seguridad social de la subdirección talento humano²⁰.

2.4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECURRIDA A LA LUZ DE LOS CARGOS EXPUESTOS POR LA PARTE DEMANDANTE

En el caso planteado, en esencia, la parte actora persigue la declaratoria de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se negó la reliquidación solicitada de su pensión de jubilación.

Del asunto, se desprende que existe una pensión reconocida a favor del hoy demandante, cuyo monto es discutido por el actor en razón a que –a su juicio- no se incluyó la totalidad de factores percibidos y no se hizo de conformidad con el último año de servicios.

Para resolver, sea del caso precisar inicialmente que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 el legislador fijó requisitos y condiciones para acceder a la pensión de jubilación, entre otras disposiciones, en la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985 y el Acuerdo 049 de 1990 Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.

Con el advenimiento de la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Pensiones para todos los habitantes del territorio nacional con el fin de garantizar, con amplia cobertura, a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte²¹. Con dicha implementación, el legislador quiso proteger a dos grandes grupos de personas que se encontraban bajo regímenes pensionales anteriores, regímenes que quedarían insubsistentes ante la entrada en vigencia del nuevo sistema²².

El primer grupo de personas fue aquel que tenía unos derechos, garantías o beneficios adquiridos y establecidos conforme a las disposiciones normativas anteriores, para quienes a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encontraran pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general²³.

El segundo grupo de personas al que quiso proteger el legislador, fue a aquel que estaba próximo a adquirir el derecho a la pensión conforme a las disposiciones legales anteriores. Para este grupo, la Ley 100 de 1993 otorgó una vigencia ultractiva de algunos elementos del régimen pensional que lo cobijaba, concediéndole a dicho régimen unos efectos con el fin que a medida que estas personas cumplieran los requisitos para acceder a una pensión adquirieran el derecho en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La disposición contenida en dicho artículo vino a ser conocida como el régimen de transición, un mecanismo de protección frente al impacto del tránsito legislativo en materia pensional para quienes no hubieren consolidado el derecho a la pensión durante la vigencia normativa anterior, pero estaban próximos a cumplir los

²⁰ Folio 217-218 del expediente.

²¹ La fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones fue el 1 de abril de 1994 para el sector privado y el sector público nacional; y el 30 de junio de 1995 para el sector público territorial, salvo que la respectiva autoridad territorial anticipara la citada fecha (Ley 100/93, art. 151).

²² La derogatoria orgánica de una norma se encuentra prevista en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 que dice: “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

²³ Léase el artículo 11 de la Ley.

requisitos para ello, caso en el cual se les mantendrían algunos presupuestos para acceder a la pensión en condiciones particulares, más favorables y diferentes frente a quienes fueran cobijados por el Sistema General de Pensiones.

La Corte Constitucional, en sentencia C-540 de 2008, analizó la vigencia de la Ley 33 de 1985, regulatoria del régimen general de pensiones para servidores públicos, y consideró que esta “rige de manera ultractiva y aún produce efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. Esto obedece a que, en consideración a la existencia de una multiplicidad de regímenes pensionales anteriores a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, y con el propósito de proteger la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión en las condiciones particulares de cada régimen, la misma Ley, en su artículo 36, previó un régimen de transición (...)”²⁴.

En efecto, la Ley 33 de 1985 aún produce efectos por virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

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”.

El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se creó para proteger las expectativas legítimas que tenían los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados. Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición.

En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

²⁴ En este caso la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 33 de 1985, porque a juicio de las demandantes se violaba el artículo 13 constitucional al igualar la edad de jubilación de empleados y empleadas oficiales. M.P. Humberto Sierra Porto.

En el caso bajo estudio, de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario se tiene que hasta la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es 28 de julio de 2003, el accionante había laborado al servicio del Estado 669,15 semanas, es decir más de 500, por lo que tiene derecho a la pensión en las mismas condiciones establecidas en la Ley 32 de 1986 y el Decreto 2090 de 2003 y a su retiro- 28 de febrero de 2014 había laborado más de 20 años de servicio.

En ese sentido, se dirá que el artículo 2 del Decreto Ley 2090 de 2003, consagra:

“ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

(...)

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública (...).”

A su tiempo, el Acto Legislativo 01 de 2005, adicionó el párrafo 5 del artículo 48 de la Constitución Nacional, precisando:

“(...) Parágrafo transitorio 5o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes (...).”

Si bien la norma referenciada en precedencia no se refirió al tema de la pensión de jubilación y su monto o los factores a ser incluidos en la misma, se hizo una remisión normativa al artículo 114 de la Ley 32 de 1986, que dispone:

“(...) Artículo 114. Normas subsidiarias. En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales”.

Así entonces, la remisión normativa conduce a su vez al contenido del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que al referirse a los factores salariales a ser tenidos en cuenta en la liquidación de pensiones, consagró:

“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación y la prima técnica;

- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente”.

Así, la Sala estima a su vez que resulta necesario referirse al contenido de la sentencia de unificación expedida por el H. Consejo de Estado el pasado 28 de agosto de 2018, como se hará a continuación.

2.4.1.- SOBRE LAS CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 28 DE AGOSTO DE 2018 PROFERIDA POR EL H. CONSEJO DE ESTADO

Traer a colación esta providencia, resulta fundamental para la resolución del presente caso, en tanto se refirió específicamente al tema de los factores que han de ser incluidos en la liquidación de las pensiones de los docentes y al Ingreso Base de Liquidación (I.B.L.).

El pronunciamiento hace un breve recuento normativo y de las posiciones adoptadas por las diversas Salas que conforman el Consejo de Estado, para sentar una posición en lo referente a algunos de los aspectos más básicos del reconocimiento y liquidación de las pensiones oficiales en Colombia. Veamos:

En la providencia se plantea que efectivamente existe una suerte de controversia en lo que se refiere al Ingreso Base de Liquidación, precisando que el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”, mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece 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. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año

dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.

Luego de hacerse una serie de precisiones sobre el alcance del llamado “régimen de transición”, se arriba a la conclusión que 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. En ese sentido, se establecen dos subreglas:

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.

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.

En la Sentencia, se estimó que 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.

En ese sentido, se advirtió que el contenido de la Sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 donde se estimó que la enumeración de factores en la norma era de carácter meramente enunciativo va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social, advirtiendo además 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 eficiencia²⁵.

Hechas estas precisiones, se procederá con el estudio del caso concreto.

2.4.2.- SOBRE EL CASO CONCRETO

Rememora la Sala que el presente proceso tiene como origen la solicitud de reliquidación elevada por Ismael Sora Sánchez de la pensión reconocida a su favor por la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPESIONES, mediante la Resolución GNR 187706 del 19 de julio de 2013 a partir del 1 de agosto de 2013.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01

En síntesis, se aduce que, mediante la Resolución No. GNR 228957 de julio de 2015 la entidad demandada reconoció que el demandante era beneficiario del régimen especial de pensiones y ordenó la reliquidación de su pensión, donde únicamente se incluyó el 75 % de la asignación básica, ignorando la prima de riesgo, la bonificación por servicios prestados y el auxilio familiar del 7% percibidos en el último año de servicios, y que además se hizo con base en lo percibido durante los últimos 10 años de servicios y no con base en el último año como debió hacerse.

De la lectura del contenido de dicha resolución, se desprende que la accionada liquidó la asignación con base en lo percibido por el actor en los últimos diez años de su vinculación; así como se incluyó como factores la asignación básica.

Luego, mediante Resolución No. GNR 228957 de 29 de julio de 2015²⁶, se ordenó la reliquidación de la pensión, incluyendo como factores la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones; en dicha decisión, además, se reliquidó la pensión tomando como base lo percibido en el último año de servicios y se incluyó además el pago de la mesada 14.

Ahora bien, de conformidad con lo pretendido en la demanda y lo resuelto por el Despacho de instancia, se tiene que el hoy demandante, además de los factores reconocidos, pide la inclusión de la prima de riesgo, que no se desprende del acto de reliquidación que haya sido incluida.

Al respecto, se dirá que de conformidad con la certificación de valores pagados al hoy demanda expedida por el INPEC, se sabe que en el último año de servicios le fue efectivamente cancelada dicha prima por un valor de \$324.141 para el año 2013 y \$333.671 para el año 2014, sin embargo, no existe prueba que se hayan hecho descuentos con respecto a esos valores y, más aun, no existe prueba que se hayan hecho pagos a COLPENSIONES con respecto a ese emolumento.

Sobre el subsidio familiar y la bonificación por recreación que también son enunciadas, las mismas no constituyen factores para el reconocimiento pensional, tal como estableció el H. Consejo de Estado al precisar²⁷:

“(…) el subsidio familiar adicional al 7% no puede ser considerado como factor salarial para liquidar la pensión del accionante, no solo porque así lo dispone el artículo transliterado, sino porque no el mismo no responde a una contraprestación directa del servicio, pues, como lo ha dicho la misma Corte Constitucional²⁸.

El mismo procedimiento se hace de la bonificación de recreación, pues en la sentencia de unificación mencionada se dejó expuesto que “tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación (...)”.

A la luz de la providencia de unificación ya referenciada, el examen de la procedencia de la reliquidación no puede obedecer simplemente a la verificación del contenido de la certificación de factores que usualmente es aportada con la

²⁶ Folio 28 a 30 del expediente.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 1101-03-15-000-20145-03-263-00 (AC)

²⁸ Sentencia C-508 de 1997, MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. En cuanto a la naturaleza del subsidio familiar en esta providencia.

demanda y en otras oportunidades es recaudada a través del proceso, pues ello debe contraponerse con los factores establecidos por la normatividad aplicable al caso, en el entendido que debe cumplirse con dos condiciones, a saber: (i) que haya cotizado efectivamente sobre dicho factor; y (ii) que este se encuentre enlistado en la Ley.

En el caso bajo estudio, cuando en la decisión de instancia se afirma que en la liquidación de la pensión del actor solo se tuvo en cuenta la asignación básica, se ignora que mediante Resolución No. GNR 228957 de 29 de julio de 2015²⁹, se ordenó la reliquidación de la pensión, incluyendo como factores la asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones; en dicha decisión, además, se reliquidó la pensión tomando como base lo percibido en el último año de servicios y que no se incluyeron factores o emolumentos de los que no se demostró que se hubieran hecho efectivamente cotizaciones, lo cual se encuentra alineado con la posición adoptada por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación ya referenciada.

Por lo anterior, se revocará la decisión adoptada en el Juzgado de origen y, en su lugar, se desestimarán las pretensiones de la demanda.

2.5.- SOBRE LA CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

De otra parte, no habrá condena en costas habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP³⁰, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA³¹.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”³².

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

²⁹ Folio 28 a 30 del expediente.

³⁰ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

³¹ Art. 188. Condena en costas. 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.

³² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez.

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 28 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo de Valledupar, según lo expuesto en precedencia.

SEUNGDO, como consecuencia de lo anterior, NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

QUINTO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 160.


OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO

AUSENTE CON PERMISO
DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO