

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, cuatro (04) de julio de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA TA-DES 002-ORD.066 - 2019

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

Decide el Tribunal el recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra la Sentencia de 07 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

La señora GRACIELA MEDINA SANDOVAL, por intermedio de apoderado debidamente constituido, promovió demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en contra de COLPENSIONES, con el fin de que se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que es nula parcialmente la RESOLUCION GNR 251709 del 08 de Octubre de 2013 , por medio de la cual COLPENSIONES RESUELVE reconocer y ordenar el pago de una pensión de VEJEZ a favor de la señora GRACIELA MEDINA SANDOVAL en cuantía de \$ 678.489,00 efectiva a partir del 02 de OCTUBRE de 2012, con el 75% del promedio devengado sobre el salario promedio de los últimos 10 años conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados por la demandante en el año del status de pensionada

SEGUNDA. Que son nulos en forma absoluta los siguientes actos administrativos proferidos por COLPENSIONES:

¹ Folios 49 a 57 cuaderno principal

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

1.- RESOLUCION No. GNR. 405675 del 20 de NOVIEMBRE de 2014 , por medio de la cual se NIEGA LA RELIQUIDACION DE UNA PENSION DE VEJEZ solicitada por la demandante señora GRACIELA MEDINA SANDOVAL, considerando "Que revisada la documentación obrante en el expediente , se evidenció que el asegurado ostentó la calidad de SERVIDOR PUBLICO, no obstante no se pudo establecer la naturaleza de su cargo, es decir, si se trata de una empleada pública o trabajador oficial, haciendo esto imposible acceder a la liquidación solicitada en los términos señalados por el recurrente, ya que se señaló con anterioridad, la liquidación correspondiente al 75% del salario promedio del último año de servicios, teniendo en cuenta los factores establecidos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 , aplica únicamente para los empleados públicos .."

2. La RESOLUCION No. GNR 139341 del 13 DE MAYO 2015, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y confirma en todas y cada una de las partes la RESOLUCION No. 405675 del 20 de Noviembre de 2014 que le niega la reliquidación de la pensión de vejez a la demandante con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios con el mismo argumento que no se acreditó la calidad de empleada pública 3. La RESOLUCION VPB 64992 DEL 06 OCTUBRE 2015 que resuelve el recurso de apelación y confirma la RESOLUCION 405675 del 20 de Noviembre de 2014 con el argumento que no se generaron nuevos valores a favor del pensionado

TERCERA.- Como consecuencia de las nulidades declaradas por ilegalidad y a título de Restablecimiento del derecho lesionado con los actos administrativos precitados, el juzgador ordenará que COLPENSIONES profiera Resolución que liquide nuevamente, reconozca y pague una Pensión de Jubilación en favor de la demandante con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, tales como la asignación básica, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima vacacional, prima de servicios y bonificación por servicios, con los reajustes anuales de Ley, con fundamento en la Ley 33 y 62 de 1985 y Jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010 y se ordene el pago de la suma resultante de la diferencia pensional entre lo que ha reconocido y pagado COLPENSIONES y lo que debe reconocer y pagar por la liquidación que se ordene en la sentencia, más el IPC de que trata la Sentencia 7 de Marzo del 2003 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente 0531/2001 que precisa que la primera mesada debe ser indexada y con los intereses correspondientes, por haber cumplido edad y tiempo (STATUS) el día 26 de marzo de 2010, se deben los intereses moratorios por el perjuicio causado de acuerdo con el Art. 141 de la Ley 100 de 1993.

CUARTA. Que sobre el total de las sumas que correspondan a favor de la demandante se liquide la indexación que determinan las normas vigentes desde que se hizo exigible el pago hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

(...)"

1.1. Hechos.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señaló:

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

La señora GRACIELA MEDINA SANDOVAL se desempeñó como empleada pública DEPARTAMENTAL en el cargo de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO, GRADO 06, CODIGO 407**, a partir **del 07 de FEBRERO de 1990 hasta el 30 de SEPTIEMBRE de 2012**.

El **ISS- SECCIONAL CAUCA**, mediante **RESOLUCION No. 1345 de agosto 08 de 2012** le reconoció la pensión de jubilación a la demandante, en cuantía de \$ 662.908, dejando en suspenso el ingreso a nómina de pensionado, hasta tanto allegara el retiro del servicio oficial.

COLPENSIONES, mediante **RESOLUCION No. GNR 251709 del 08 de Octubre de 2013** le reconoció a la señora GRACIELA MEDINA SANDOVAL, la PENSION DE VEJEZ, por un valor de **\$678.439,00, efectiva a partir del 01 de OCTUBRE DE 2012** con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de los últimos 10 años conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 18 del Decreto 1158 de 1994, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por la demandante y los intereses moratorios por haberse cancelado las mesadas pensionales en forma tardía después de su reconocimiento.

La demandante solicitó a COLPENSIONES la RELIQUIDACION de su pensión de JUBILACION, con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, es decir, **del 01 de OCTUBRE de 2011 al 01 de OCTUBRE de 2012**, de conformidad con lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985 y Jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, como son la asignación básica, la prima de navidad, la prima vacacional, la prima de servicios, la bonificación por servicios, subsidio de alimentación.

COLPENSIONES mediante **RESOLUCION No. GNR 405675 del 20 de NOVIEMBRE de 2014**, **negó la RELIQUIDACION DE LA PENSION DE JUBILACION A LA DEMANDANTE**, por no haberse demostrado según la entidad la naturaleza del cargo que desempeñó la demandante como empleada pública del orden departamental, razón que no era suficiente para negarle este derecho, cuando en el expediente pensional se encuentran todos los documentos que muestran claramente que la demandante es una funcionaria pública del orden departamental, según los actos administrativos que la vinculan con el Estado.

Contra este acto administrativo se interpuso RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO APELACION, adjuntando la certificación de la Rectoría de la I.E. Ana Josefa Morales Duque aclarando que la demandante se desempeñó como una empleada pública del orden departamental.

COLPENSIONES mediante **RESOLUCION No. GNR 139341 del 13 DE MAYO 2015**, resolvió el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la **RESOLUCION GNR .405675 del 20 de NOVIEMBRE de 2014** porque según la

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

entidad no se acreditó la calidad de empleada pública.

COLPENSIONES mediante la **RESOLUCIÓN VPB 64992 DEL 06 OCTUBRE 2015** resolvió el recurso de apelación y confirmó la RESOLUCIÓN 405675 del 20 de noviembre de 2014 , con base en la posición de la Corte Constitucional.

COLPENSIONES para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la señora GRACIELA MEDINA SANDOVAL, en su calidad de empleada pública departamental solo tuvo en cuenta los factores salariales del Decreto 1158 de 1998, reconociéndole una suma de \$694.993,00 efectiva a partir del 02 de OCTUBRE de 2012, muy inferior a la pensión liquidada con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios cuyo monto es de \$1.268.300,00,

2. La contestación de la demanda².

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones formuladas, señalando que a la demandante se le liquidó la pensión con base en la Ley 71 de 1988, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, por haber acreditado 20 años de aportes y 60 años de edad, pero el IBL fue determinado con base en la Ley 100 de 1993.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, improcedencia de reconocimiento de intereses, prescripción y buena fe.

3. La sentencia de primera instancia³.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante Sentencia de 07 de marzo de 2018, denegó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de la decisión, consideró que no existía discusión frente al régimen de transición que acompaña a la demandante.

²Folios 45 a 53 Cuaderno Principal

³ Folios 98 a 118 cuaderno principal

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

Sin embargo consideró acertado que el IBL se liquidara con base en el promedio de los últimos 10 años de servicio y el promedio de los factores establecidos en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo como parámetro la Sentencia SU 035 de 2017, proferida por la Corte Constitucional.

4. El recurso de apelación⁴.

Mediante escrito radicado el 21 de marzo de 2018 la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la decisión de instancia, atendiendo las sentencias de unificación de 04 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016, proferidas por el H. Consejo de Estado y los principios de inescindibilidad, progresividad y no regresividad, así como los derechos a la igualdad y favorabilidad.

Adicionalmente reseñó que los derechos de la demandante fueron adquiridos con anterioridad a la Sentencia SU 230 de 2015 y SU 395 de 2017, por lo que tenía la expectativa legítima que su IBL se liquidara con el régimen anterior.

La parte demandante relacionó providencias emanadas del Tribunal Administrativo del Cauca donde se reconoce la integralidad del régimen de transición, a efectos de que sean tenidas en cuenta al resolver el asunto de autos.

5. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto de 12 de abril de 2018⁵ se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y se ordenó la notificación al Ministerio Público para los fines consagrados en el artículo 303 del CPACA.

Con auto de 24 de abril de 2018⁶ se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para alegar por

⁴ Folios 119 a 123 Cuaderno Principal

⁵ Folio 03 cuaderno apelación

⁶ Folio 08 cuaderno apelación

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

el término de diez (10) días, término en el cual, las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

El 03 de mayo de 2018 la parte demandante presentó alegatos de segunda instancia, iterando los argumentos de la alzada.

La parte demandante guardó silencio.

El Ministerio Público solicitó revocar la decisión de instancia y en su lugar acceder a las pretensiones, atendiendo la interpretación del Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según el cual el IBL hace parte del régimen de transición bajo el principio de inescindibilidad, seguridad jurídica y confianza legítima, considerando que no es procedente aplicar un precedente a situaciones consolidadas, considerando que deben ordenarse las deducciones del caso.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

El Tribunal Administrativo del Cauca es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el artículo 153 del CPACA.

2. Caducidad.

Teniendo en cuenta que el derecho alegado trata sobre prestaciones periódicas, no está sujeto al término de caducidad, de conformidad con el artículo 164, numeral 1º literal b) del CPACA.

3. Problema jurídico.

Corresponde al Tribunal determinar si la sentencia de 07 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se denegaron las pretensiones de la demanda, debe ser revocada, modificada o mantenerse incólume.

4. Régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Posición del Tribunal antes de la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, del Consejo de Estado.

Si bien con la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional refirió que, como factores de liquidación de la pensión sólo pueden tomarse *“aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones”*; en sentencia de 12 de septiembre de 2014, la posición unificada del Consejo de Estado, reiteró el principio de inescindibilidad de la norma pensional, en la medida que un régimen de transición debe ser aplicado en forma integral.

La Sala de Oralidad del Tribunal Administrativo del Cauca, venía aplicando los pronunciamientos del Consejo de Estado en materia pensional, toda vez que por la integralidad de la norma, el régimen de transición debía ser considerado cabalmente bajo la normativa anterior, criterio que acogía los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, recogidos por la Corte Interamericana de Derechos sobre la integralidad de los regímenes pensionales, tal como se puede referenciar de las sentencias de 28 de febrero de 2003, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, y 1 de Julio de 2009, Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, en el que se sostuvo que de conformidad con los artículos 21 y 29 de la Convención, cuando una pensión se consolide en vigencia de una disposición legal, se genera un derecho adquirido que se incorpora al patrimonio de las personas, e implica que dicha pensión debe regirse en los términos y condiciones previstos en la mencionada vigente al momento de su consolidación.

De otro lado se consideró que el análisis emprendido por la Corte Constitucional, concretamente en la Sentencia C-258 de 2013, no resultaba aplicable a las pensiones del régimen de transición, por cuanto el estudio de constitucionalidad efectuado por el Alto Tribunal fue desarrollado en el marco de regímenes especiales, por lo tanto no podía

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

extender sus efectos a los demás sistemas pensionales. No obstante, con Sentencia SU-230 de 2015, la Corte decidió que los efectos de la Sentencia C-258 de 2013, cobijaría igualmente a los demás regímenes pensionales.

Como consecuencia, este Tribunal acudió al análisis jurisprudencial decantado en materia de precedente por parte del H. Consejo de Estado en la sentencia de 04 de septiembre de 2017, en el expediente bajo radicación interna 57279, en aras de garantizar la efectividad de los derechos y la tutela judicial efectiva de quienes reclaman administración de justicia. En ese orden se concluyó que los asuntos deben resolverse con basamento en el derecho vigente, y por lo tanto, la extensión efectuada en la Sentencia SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, solo debería aplicarse a las pensiones concretadas con posterioridad a su vigencia, mas no a pensiones consolidadas antes de su fecha.

Dicha posición se afianzó además, entre otras, en la sentencia de tutela adoptada por el H. Consejo de Estado, de 06 de septiembre de 2017, dentro del expediente 20170032201; y últimamente en las sentencias del 16 de mayo de 2018, Rad. 2018-01062-00 de la Sección Segunda, y 8 de junio de 2018, Rad. 2017-03477-01 Sección Primera, que frente al tema explicaban:

“5.1. El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas públicas y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.

...

Sobre el particular, cabe reiterar que para que se pueda predicar el carácter de precedente jurisprudencial de una providencia, ésta debe ser anterior a la decisión respecto de la cual se pretende su aplicación⁷ y debe existir “[...] una semejanza de problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho [...]”, por lo que “[...] En ausencia de uno de estos elementos, no puede predicarse la aplicación de un precedente [...]”⁸. Resaltado en el texto

⁷ Sentencias T-619 de 2009, T-656 de 2011, T-762 de 2011 y 217 de 2013, entre otras.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-288 de 2011.

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con los razonamientos enunciados, esta Corporación había sentado su posición entendiendo que el principio de inescindibilidad continuaba inalterable en todos aquellos casos en que la prestación se había consolidado con anterioridad a la vigencia de la Sentencia SU – 230 de 2015, y por ende ordenaba realizar la reliquidación de la pensiones de acuerdo al promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en aplicación integral del régimen anterior.

4. Criterios definitivos para el reconocimiento pensional de las personas beneficiarias del régimen transición, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, del Consejo de Estado.

Es preciso señalar que con Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, dentro del Expediente Rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01, el Órgano Vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cambió la postura traída y fijó los criterios definitivos para el reconocimiento pensional de las personas beneficiarias del régimen transición.

Señaló inicialmente la Alta Corporación, que 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 es conformado por los servidores del Estado, 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.

Igualmente precisó que las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, en virtud del principio de favorabilidad, al momento de consolidar su estatus pensional, pueden optar por un reconocimiento en las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (régimen de transición) o bajo los presupuestos de la pensión de vejez regulada en el Sistema General de Pensiones previstos en los artículos 33 y

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

34 en concordancia con el artículo 21 ibídem; el que le resulte más favorable.

Respecto del Ingreso Base de Liquidación para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición, la Sala Plena del Consejo de Estado, luego de realizar una exposición del desarrollo jurídico en la materia y las tesis adoptadas por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y la Sección Segunda del Consejo de Estado, concluyó que el IBL contenido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el aplicable para establecer el monto pensional. Así se explicó:

*84. Planteadas así las tesis sobre el IBL aplicable en el régimen de transición, la Sala advierte que el aspecto que ha suscitado controversia es el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues 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.*

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas⁹.

⁹En 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

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

En ese orden, consideró que el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen de transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Bajo esas razones, el Consejo de Estado fijó la regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición de la siguiente manera:

“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”.

A partir de esa regla fijó las siguientes 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 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”*

(...)

“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.

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.

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

Continuó diciendo la Sala Plena Consejo de Estado que 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 y traspasa la voluntad del legislador, que enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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.

Así las cosas, el análisis de la presente cuestión litigiosa se abordará con sustento en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado antes referenciada, toda vez que en el mismo pronunciamiento se dispuso que las reglas jurisprudenciales que se fijaron, se apliquen a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias.

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

4. Caso concreto.

En el sublite, sea lo primero advertir, que no se encuentra en discusión que la señora GRACIELA MEDINA SANDOVAL es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, supuesto aceptado por COLPENSIONES, tanto en la actuación administrativa como en este proceso judicial.

En razón a lo anterior, a la pensión de vejez de la demandante debe aplicarse el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que para el caso concreto corresponde al previsto en la Ley 71 de 1988, en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo, pero con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3 y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como bien lo estableció la A quo.

La sentencia de instancia tuvo en cuenta para el IBL los últimos 10 años de prestación de servicio, y aunque la demanda estaba encaminada a que se incluyeran la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, esta pretensión no fue aceptada por la Juez de instancia, pues solo tuvo en cuenta los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

El artículo 1º del Decreto en mención enlista los factores salariales a tener en cuenta en la base cotización, así:

ARTICULO 1o "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 y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados;

Nótese cómo la bonificación por servicios prestados está inmersa en la norma aplicable.

De acuerdo con el certificado de salarios del departamento del Cauca¹⁰, entre los años 2002 al año 2012, la demandante, adicional a la asignación básica, devengó bonificación por servicios, factor que debe ser incluido en el ingreso base de liquidación.

Significa lo anterior que el reconocimiento de la pensión de la actora es ajustado a la regla jurisprudencial actualmente aplicable en cuanto a la edad, el tiempo de servicios, el monto y el ingreso base de liquidación; pero que en su cálculo se dejaron de incluir valores de factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994, y que fueron debidamente certificados ante la entidad demandada, siendo del caso revocar la decisión de instancia y se determinará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados que negaron la reliquidación de la pensión de la demandante, a efectos de que se incluya la bonificación por servicios prestados en la liquidación pensional, por las razones antes expuestas.

Consecuentemente, se ordenará el restablecimiento del derecho, el cual consistirá en ordenar a COLPENSIONES que reliquide la pensión de jubilación de la demandante incluyendo la bonificación por servicios prestados.

La reliquidación que se reconoce tendrá los reajustes de ley. Así mismo, el monto de la condena que resulte se ajustará, mes por mes, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

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

¹⁰ Folios 12 y 13 cuaderno principal.

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de mesada pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron efectuarse cada uno de los pagos.

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

La entidad demandada podrá realizar los descuentos correspondientes y necesarios de los factores salariales sobre los cuales no se haya hecho los respectivos aportes, en el porcentaje que le correspondería asumir al demandante, esto para garantizar el principio de protección del erario y no hacer nugatorio el derecho a la pensión del trabajador.

6. De la prescripción.

Finalmente, sobre la prescripción en materia de prestaciones sociales hay un trato especial, en tanto que se predica la imprescriptibilidad del derecho sin perjuicio de la prescripción de las mesadas pensionales. *Cfr. Corte Constitucional, sentencia C 230 de 1998. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicado 14.184, de 26 de septiembre de 2000.*

Es decir, que el derecho en sí mismo, como sus reajustes económicos, no prescribe, pero sí las mesadas que se hayan dejado de reclamar por el término previsto en las leyes atinentes a la respectiva prescripción.

El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 41, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, prevé que las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescriben en tres años, término que se interrumpe con el simple reclamo escrito del trabajador, pero solo por un lapso igual:

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

Artículo 41°.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el reconocimiento pensional se efectuó a partir del mes de octubre de 2013 y la solicitud de reliquidación pensional se efectuó el 21 de agosto de 2014, resuelta mediante Resolución No. GNR 405675 de 20 de noviembre de 2014, negando dicha solicitud, confirmada mediante Resolución RDP GNR 139341 de 13 de mayo de 2015 por Resolución VPB 64992 de 06 de octubre de 2015 y la demanda presentada el 15 de enero de 2016, fuerza concluir que no opera la prescripción.

5. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone 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.

Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

(...)"

En virtud de lo anterior, para la condena en costas se deberán atender los elementos objetivos, sin tener en consideración análisis de carácter subjetivo con ocasión de la actuación de las partes.

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

Así las cosas, las costas estarán a cargo de la parte vencida, que en este caso resulta ser la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES. Las agencias en derecho ascenderán a la suma del cero como cinco por ciento (0,5%) del valor de las pretensiones reconocidas. Las costas se liquidarán por el juzgado de origen.

III. DECISIÓN

Por lo anteriormente expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de 07 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la Nulidad parcial de *RESOLUCION No. GNR. 405675 del 20 de NOVIEMBRE de 2014*, mediante la cual COLPENSIONES negó la reliquidación pensional, y la Nulidad *RESOLUCION No. GNR 139341 del 13 DE MAYO 2015*, que confirmó la anterior resolución, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del Derecho ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, reliquidar la pensión de jubilación a favor de la señora GRACIELA MEDINA SANDOVAL , identificado con la C.C. No: 25.654.256, a efectos de incluir como factor salarial, la bonificación por servicios prestados.

La entidad demandada deberá pagar a la demandante, la diferencia que exista entre la pensión reliquidada y la que viene devengando.

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00007-01.
Demandante: GRACIELA MEDINA SALAZAR.
Demandado: COLPENSIONES.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

La entidad podrá realizar los descuentos correspondientes y necesarios del factor salarial que se ordena incluir, siempre que no se hayan efectuado los respectivos aportes.

CUARTO.- Las condenas se reajustarán en la forma como se expuso en la parte considerativa de este fallo.

QUINTO: Se condena en costas a la parte demandada, según lo expuesto. Liquidense por el Juzgado de origen.

SEXTO: Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 189 y siguientes del CPACA.

SÉPTIMO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

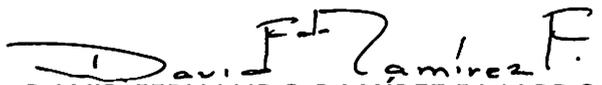
OCTAVO: En firme esta decisión, devuélvase al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO


JAIRO RESTREPO CÁCERES