**RÉGIMEN DE TRANSICIÓN LEY 100 DE 1993 / Período para fijar el Ingreso Base de Liquidación – IBL / Últimos 10 años de servicio.**

El periodo para concretar el IBL de quien se encuentra en el régimen de transición corresponde al promedio de los últimos 10 años de servicio, o al promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus de pensionado luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 si fuera menor a 10 años. Y en cuanto a los factores que allí deben incluirse corresponde remitirse al artículo 21 ibídem, que señala: *“(…) ARTICULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por* *ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo. (…)”*.

**RÉGIMEN DE TRANSICIÓN LEY 100 DE 1993 / Factores para fijar el Ingreso Base de Liquidación – IBL.**

Los factores sobre los cuales se determinará el IBL de los trabajadores cobijados por el régimen de transición será únicamente el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se ha cotizado. En este sentido, el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso. Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. De igual manera, el Decreto Reglamentario No. 1158 de 199418 consagra lo siguiente: *“(…) ARTÍCULO 1o. El artículo 6o 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 y 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; (…)”.* Por ende, el IBL estará conformado únicamente por estos conceptos, siempre que hayan sido percibidos por el trabajador dentro del marco temporal antedicho, sin perjuicio de otros emolumentos frente a los cuales el legislador haya señalado, mediante norma especial, que constituyen factor para liquidación de la pensión o de personal exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social, por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD / Aplicación en materia pensional.**

El principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas.

**RÉGIMEN DE TRANSICIÓN LEY 100 DE 1993 / Factores para fijar el Ingreso Base de Liquidación – IBL.**

La demandante está cobijada por el régimen de transición en comento, así que la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios y el monto de la prestación corresponden al régimen anterior, que para el caso es la Ley 33 de 1985, mientras que el IBL (delimitación temporal y factores salariales) se rige por la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, conforme se expuso en el acápite precedente, esto es el decreto 1158 de 1994, pero con una tasa de remplazo del 76.08%, como fue aceptado por la entidad demandada, por lo que al respecto no existe controversia. En este orden de ideas y de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 los requisitos para consolidar el estatus pensional eran (i) haber servido 20 años como empleado oficial y (ii) alcanzar 55 años de edad, los cuales fueron reunidos efectivamente por la demandante el 27 de abril de 2013 y, por ende, la pensión de jubilación debía liquidarse en cuantía del 76.08% del promedio de lo devengado durante los 10 últimos años de servicios, incluyendo únicamente los factores salariales taxativamente contemplados en el Decreto No. 1158 de 1994. (…) Así, que el valor total del IBL, de acuerdo con lo realmente devengado, corresponde a la suma de $ 2.202.852, valor al que se le debe aplicar el porcentaje del 76.08 %, con lo que se acredita que la mesada pensional efectiva a favor de la señora EDELMIRA PÉREZ CÁRDENAS, para abril 2017, corresponde a $ 1.675.930 y no como la determinó la entidad demandada en los actos enjuiciados, por lo que como acertadamente lo dispuso el A- quo, en el reconocimiento pensional y reliquidación de la mesada a favor de la demandante, lo determinado en los actos sub judice, no atendieron el IBL con lo realmente devengado.

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.



***REPÚBLICA DE COLOMBIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ***

***SALA DE DECISIÓN 3***

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

|  |  |
| --- | --- |
| **MEDIO DE CONTROL:** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **RADICADO:** | 15238-33-33-001-**2020-00113**-01 |
| **DEMANDANTE:** | EDELMIRA PÉREZ CÁRDENAS |
| **DEMANDADO:** | Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES |
| **TEMA:** | RELIQUIDACIÓN PENSIÓN- tasa de remplazo 76.08% |
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA – Confirma**  **sentencia que accedió parcialmente las pretensiones** |

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 22 de julio de 2021 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

# ANTECEDENTES

**DEMANDA1, DECLARACIONES Y CONDENAS.2**

1. La señora EDELMIRA PÉREZ CÁRDENAS, a través de apoderado y del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende se declare la nulidad parcial de las Resoluciones SUB 173238 y DPE 12293 del 13 de agosto y 10 de septiembre de 2020, respectivamente, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a través de las cuales se reliquidó la pensión de jubilación y se resolvió el recurso de apelación.
2. Como consecuencia de lo anterior, pidió que se condene a la entidad al:
   1. Reconocimiento, reliquidación y pago de la pensión de jubilación aplicando el artículo 10 de la ley 797 de 2003 según el cual, se obtiene un IBL de $2.119.385, con una tasa de reemplazo del 76.08% sobre los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, devengados en los últimos 10 años de servicios, arrojando una mesada pensional de

$1.612.428, la cual debe hacerse efectiva a partir del 01 de abril de 2017;

* 1. Pagar el valor indexado de las diferencias generadas entre la mesada pensional, inicialmente reconocida y la que se cause, en virtud de la presente solicitud de reliquidación calculada desde el 1º de abril de 2017;

*1 Archivo 01 del expediente electrónico.*

*2 ff.1-2 del archivo 01 del expediente electrónico.*

* 1. Al pago de los intereses moratorios conforme lo establece el inciso 3 art 192 de la ley 1437 de 2011 y; **iv)** Se condene en costas a la entidad demandada.

# Fundamentos fácticos3

1. Como fundamentos fácticos de la demanda, el apoderado de la parte demandante enunció los que se resumen enseguida:
2. Indicó que la señora EDELMIRA PÉREZ CÁRDENAS, laboró al servicio del estado, en la Empresa Social del Estado San Antonio del Municipio de Soatá, desde el 23 de agosto de 1984, hasta el 30 de marzo de 2017; para un total de treinta y dos (32) años, siete (07) meses de servicio, igual a

1.700.01 semanas.

1. Refiere que la señora PÉREZ CÁRDENAS, nació el 27 de abril de 1958, por lo que atendiendo el principio de favorabilidad del artículo 53 constitucional, la demandante tiene derecho a que su pensión de jubilación se liquide con base en el artículo 10 de la ley 797 de 2003, teniendo en cuenta lo devengado en los últimos diez años de servicios, con una tasa de reemplazo del 76.06% (Sic), calculada sobre los factores salariales indicados en el Decreto 1158 de 1994.
2. Relató que Colpensiones, a través de la resolución SUB 31512 del 6 de abril de 2017, reconoció a la demandante una mesada pensional de

$1.563.162, con una tasa del 75%. Posteriormente, a través de la Resolución No DIR 18956 del 24 de octubre de 2018, elevó la cuantía a

$1.587.290 manteniendo la mencionada tasa, y con efectividad a partir del 1 de abril de 2017; no obstante, no se tuvo en cuenta que el ingreso base de liquidación correspondía a $2.119.385 a pesar de que se calculó sobre lo devengado en los últimos 10 años de servicio.

1. Acotó que, por medio de apoderado judicial, solicitó a Colpensiones la reliquidación de la pensión de jubilación, atendiendo al principio de favorabilidad y se aplique la ley 797 de 2004 con la liquidación de los diez últimos años y un monto del 76.06% (Sic), con los factores salariales del decreto 1158 de 1994.
2. Resaltó que Colpensiones, a través de la Resolución SUB 173238 del 13 de agosto del año 2020, reliquidó la pensión a favor de PEREZ CARDENAS EDELMIRA, elevando la cuantía por el valor de $1.599. 533.oo efectiva a partir del 01 de abril del año 2017 con el monto del 76.08% (Sic). No obstante, a dicho acto le fue interpuesto recurso de apelación, el cual fue confirmado por la demandada con la Resolución DPE 12293 del 10 de septiembre de 2020, sin tener en cuenta el ingreso base de liquidación, pues la entidad lo calcula en $2.102.436 y, en su

*3 ff. 4-5 del archivo 01 del expediente electrónico*

concepto, corresponde a $2.119.385, aspecto que afecta de forma directa la mesada que en su sentir debe corresponder a $1.612.428, siendo el 76.08% del referido IBL, lo cual genera diferencia y un reajuste en su favor.

# Fundamentos de derecho4

1. El apoderado de la parte demandante, consideró como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 25, 48 y 53, así como el artículo 100 de la ley 57 de 1887; el artículo 5º de la ley 100 de 1993; la ley 797 de 1993; el decreto 1158 de 1994 y la ley 1437 de 2011.
2. De igual manera señaló que, la entidad negó a la demandante la aplicación de la liquidación pensional más favorable, para lo cual realizo la liquidación pensional que consideró es la correcta y, agrego como argumento la falta de motivación como causal de nulidad de la actuación administrativa, dado que la entidad no expuso las razones por las cuales no daba aplicación al principio de favorabilidad en el caso.

# CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES5**

1. Se opuso a las pretensiones de la demanda y adujó no estructurarse los presupuestos fácticos ni legales para la prosperidad de las mismas, ya que los actos administrativos expedidos por la entidad, contaron con un estudio de la prestación de acuerdo a diferentes tipos de pensión, en primero lugar porque siguió la línea de la Ley 33 de 1985, normatividad que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la prestación en un inicio, seguido a esta y a las múltiples reliquidaciones que se hicieron la actora, se tuvo en cuenta mediante resolución SUB 173238 del 13 de agosto de 2020, la Ley 797 de 2003, q*ue por favorabilidad se aplicó a la demandante y se reliquido su prestación teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 76,08% a un IBL de $2.102.436*, arrojando un valor de su mesada a 2020 de $1.783.180, y un pago de un retroactivo por valor de

$503.544, la prestación fue liquidada teniendo en cuenta los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, considerando que son las disposiciones legales aplicables al caso en particular.

1. Precisó en cuanto a los factores salariales y el cálculo del IBL, mencionó que a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 y la circular 4 y 6 de 2013, ha previsto que el régimen de transición solo contempla respecto al régimen anterior la aplicación de la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión ya que el legislador no incluyó la fórmula de calcular el IBL, ni la aplicación de disposiciones especiales como la inclusión de la totalidad

*4 ff 3-9 archivo 01 del expediente electrónico.*

*5 Archivo 10 del Expediente electrónico.*

de los factores salariales, por tanto para el cálculo pensional se tuvo en cuenta el valor de las cotizaciones realizadas, los cuales fueron devengados a título remunerativo, reportados por la entidad, por lo que el cálculo del IBL realizado por la entidad se ajusta a derecho.

1. Así mismo, formuló como excepciones las siguientes:

* *Falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio, de acuerdo con el numeral 9 del artículo 100 del C.G.P*, indicó que la parte demandante, no allegó con el escrito de demanda prueba de que el pago realizado por el empleador del demandante se estuviera haciendo teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales que permitiesen el reconocimiento de los mismos dentro de la liquidación de la prestación, por lo que solicitó al despacho se conforme el litisconsorcio necesario dentro del proceso de referencia a fin de que el fallo producto de la presente Litis tenga efectos vinculantes frente a la integrada y que la demandante pueda realizar los recobros a de los dineros dejados de pagar.
* *Inexistencia del derecho y la obligación,* indicando que se encuentra probada ya que la demandante se le reconoció pensión de vejez por medio de la resolución 45069 del 11 de febrero de 2016 y que de acuerdo al decreto 546 de 1971, y que a dicho estudio se incluyeron los factores salariales contenidos en el decreto 1158 de 1994, por lo que asume que la entidad al momento del reconocimiento pensional tuvo en cuenta la normatividad aplicable y liquidó la mesada pensional de conformidad a la ley por lo que no le asiste el derecho a solicitar reliquidación alguna al demandante.
* *Improcedencia de los intereses moratorios,* acotó que como las pretensiones no están llamadas a prosperar, no proceden los intereses.
* *Improcedencia de la indexación*, teniendo en cuenta que no es factible que prosperen la demanda, al no ser legal la reliquidación pretendida.
* *Cobro de lo no debido*, ya que no se logró acreditar que los factores salariales solicitados dentro de la demanda hayan sido devengados por la demandante y que los beneficiarios de la transacción solo conservan lo estipulado en la normatividad anterior respecto a la edad, tiempo de servicio y el monto de la pensión.
* *Buena fe de Colpensiones*, por lo que menciono que de acuerdo a la sentencia C-1436 del 2000, las resoluciones emitidas por la entidad se circunscriben al principio de buena fe.
* *Prescripción*, por lo que invocó que se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 102 del decreto 1848 de 1959 que previó la prescripción trienal aplicable a las acciones emanadas del decreto 3135 de 1968, a partir de la fecha en que se hayan hecho exigibles.

# SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Duitama en sentencia proferida el 22 de julio de 20216, resolvió:

*“****PRIMERO. -*** *Declarar no fundadas las excepciones denominadas “Inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de la indexación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por la entidad demandada.*

***SEGUNDO. -*** *Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones SUB 173238 y DPE 12293 del 13 de agosto y 10 de septiembre de 2020 respectivamente, únicamente en lo que refiere a la determinación del valor del Índice Base de Liquidación – IBL, de conformidad con lo expuesto.*

***TERCERO. –*** *A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez de la señora Edelmira Pérez Cárdenas, identificada con la cedula de ciudadanía No 23.560.108, de manera que la mesada sea equivalente al* **76.08%** *del promedio salarial devengado en los últimos 10 año de servicios, esto es, en el interregno comprendido entre el 1º de abril de 2007 y el 30 de marzo de 2017, con la inclusión de asignación básica, bonificación por servicios prestados, la remuneración por trabajo dominical o festivo y la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, la cual, según liquidación efectuada asciende a* ***$ 1.675.930.*** *En este orden, deberá́ liquidar y pagarle las diferencias resultantes de la nueva reliquidación pensional, desde el 1 de abril de 2017 y en adelante, por efecto de la recomposición de la base de liquidación, con efectos fiscales desde la misma fecha, sumas estas que deberán ser indexadas aplicando la siguiente formula:*



*En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de mesadas pensionales desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió́ hacerse el pago.*

*Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente mes por mes para cada diferencia en la mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas, hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagaran los intereses establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

***CUARTO. -*** *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

***QUINTO. -*** *Sin condena en costas.*

***SEXTO.-*** *Dar cumplimiento a la sentencia en los términos y parámetros establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (…)”*

*6 Archivo 31 del Expediente Electrónico.*

1. Para adoptar tal determinación, el juez de primera instancia abordó el marco normativo y jurisprudencial aplicable en cuanto al régimen de transición previsto, además del ingreso base de liquidación para los beneficiarios de la ley 100 de 1993, y el principio de favorabilidad en materia pensional y procedió a examinar el material probatorio allegado al proceso encontrando acreditado que la demandante cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues para su entrada en vigencia (1º de abril de 1994), contaba con más de treinta y cinco (35) años de edad y tenía un tiempo de servicios superiores a 15 años, y que de la misma forma, para la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, a través del cual se prorrogó el régimen de transición hasta diciembre de 2014 contaba con un promedio de 1.076.14 semanas cotizadas.
2. Así mismo considero que, de la lectura armónica de la demanda, se puede concluir que la inconformidad central de la parte demandante radica en la correcta determinación del IBL, pues no existe controversia respecto de la norma pensional aplicada (Ley 797 de 2003), la tasa de reemplazo calculada (76.08%), ni sobre la aplicación de los factores salariales devengados por la demandante en los últimos 10 años de servicio.
3. Conforme a lo anterior, consideró que, del marco normativo y jurisprudencial aplicable, se concluye que el IBL de las personas beneficiarias del régimen de transición debe ser calculado sobre el promedio de los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicio, siempre y cuando, se encuentren enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y se hayan hecho los respectivos aportes.
4. Adicionalmente indicó que en el caso en estudio, dicho periodo está comprendido entre el 1 de abril de 2007 y 30 de marzo de 2017, interregno dentro del cual, según los certificados electrónicos de tiempos laborados CETIL expedidos en el año 2020 por la Empresa Social del Estado – ESE Hospital San Antonio del Municipio de Soatá, la demandante devengó los siguientes emolumentos: asignación básica (artículo 1, literal a); bonificación por servicios prestados (artículo 1, literal g); remuneración por trabajo dominical o festivo (artículo 1, literal e); remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (artículo 1, literal f). (archivo 24 carpeta E.A. y archivos 2 pág. 67, y 10 pág. 28 a 37 del E.D.).
5. En cuanto a la reliquidación pensional, concluyó el despacho, que para determinar el ingreso base de liquidación pensional de la demandante, en primer lugar, se debía determinar el valor global del trabajo dominical o festivo, nocturno y de horas extras para cada año, ya que las certificaciones CETIL, no señalaron un monto fijo por este concepto, si no que expresaron mes a mes lo devengado y aclarando que en los certificados CETIL No 202007891800611000950001 (archivo 24 carpeta

E.A.) y 202007891800611000840007 (archivo 1, pág. 92 del E.D.) expedidos por el nominador el 1 de julio y 12 de agosto de 2020, respectivamente, no aparecen reflejados los valores correspondientes a este factor para los meses de agosto a diciembre de 2012; sin embargo, los mismos sí están relacionados en el certificado de tiempos laborados CETIL No. 202002891800611000970006 de fecha 20 de febrero de 2020 aportado por Colpensiones (archivo 10, pág. 28 del E.D.), sobre el cual solicita se efectúe el cálculo del IBL, razón por la cual, tuvo en cuenta los guarismos allí detallados.

1. Por lo tanto, el A-quo, accedió a las pretensiones de nulidad de los actos censurados, por cuanto dentro de la reliquidación pensional de la demandante se calculó de manera errónea el IBL, pues allí se fijó, para el año 2017, en la suma de $2.102.436, el cual es inferior al que arrojó la liquidación hecha con base en la información allegada, que arrojó

$2.202.852. Por consiguiente, ordenó que la mesada pensional corresponda al 76.08% del ingreso base liquidación IBL, calculado teniendo en cuenta los factores salariales devengados y enlistados en el Decreto 1158 de 1994 (asignación básica, bonificación por servicios prestados y la remuneración por trabajo dominical, festivo, nocturno y horas extras) durante los últimos diez años de servicios (1 de abril de 2007 y 30 de marzo de 2017), es decir, que el monto de la mesada pensional pagadera, a partir del 1° de abril de 2017, debió ser de $1.675.930 y por ello debía liquidarse y pagar las diferencias resultantes de la nueva reliquidación pensional, desde el 1 de abril de 2017 y en adelante, por efecto de la recomposición de la base de liquidación.

1. Finalmente, en cuanto a las excepciones propuestas por la parte demandada en escrito de contestación, consideró que estas no estaban llamadas a prosperar y específicamente respecto de la prescripción, acotó que la demandante adquirió el derecho a percibir su primera mesada pensional (01 de abril de 2017) y la fecha en que se presentó la reclamación de reliquidación en sede administrativa (13 de enero de 2020), por lo que no transcurrieron más de tres años; tampoco entre esta y la radicación de la demanda (7 de julio de 2020), siendo improcedente declarar prescripción alguna. Y de igual manera observó que el artículo

188 de la ley 1437 de 2011, no contiene un mandato imperativo de condenar en costas a la parte vencida y, por otro lado, un criterio objetivo sobre el particular podría estar llamado a comprometer derechos de estirpe constitucional como el debido proceso y el acceso efectivo a la tutela judicial, el Despacho se abstuvo de condenar en costas.

# RECURSO DE APELACIÓN

**Parte demandada7**

*7 Archivo 33 del Expediente Electrónico.*

1. Inconforme con la decisión, la apoderada de la entidad demandada apeló la sentencia, reiterando las razones expuestas en escrito de contestación de la demanda y destacando que la entidad al momento del reconocimiento pensional tuvo en cuenta la normatividad aplicable y liquidó la mesada pensional, conforme a las disposiciones legales, por lo que no le asiste derecho a solicitar reliquidación alguna a la demandante**.**
2. Por otra parte indicó que en sentencia SU-427 de 2016, la Corte Constitucional, ratificó su postura en cuanto a las reglas previstas para el cálculo del IBL, bajo las reglas especiales que anteceden al régimen de transición y que constituyen una ventaja que no previó el legislador al expedir la ley 100 de 1993, en la medida que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en los requisitos de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y tasa de remplazo, excluyendo el IBL.
3. Ahora, para el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición, sin tener en cuenta la reseña hermenéutica del artículo 36 de la ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento Jurídico, por lo que en caso de verificarse su configuración, el Juez constitucional deberá dejar sin efectos las providencias judiciales que avalaron el mismo, y disponer que se reajuste la prestación conforme al ordenamiento jurídico.
4. Adicionalmente mencionó que los factores salariales a tener en cuenta, deben corresponder al valor de las cotizaciones efectivamente realizadas, pues fueron devengados por el trabajador a título remunerativo, es decir, que hayan sido reportados y certificados por la entidad, pues uno de los principios básicos del sistema de seguridad social, es la equidad y la misma se refleja en que los afiliados adquieren el derecho al cumplimiento de los requisitos mínimos, con base en los IBC reportados a la entidad y efectivamente pagados, por lo que estos son los valores que deben tenerse en cuenta, tal y como lo hizo COLPENSIONES en certificación CETIL No. 202002891800611000970006, en donde se reflejan los factores salariales devengas y pagados por la señora Pérez.
5. Por lo previamente expuesto, la apoderada solicitó se revoque el fallo de primera instancia en su totalidad y en su lugar se absuelva a la entidad de las pretensiones formuladas en su contra y se condene a la parte demandante en costas.

# TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Mediante auto del 15 de octubre de 20218, esta Corporación, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, procediendo a la notificación en debida forma, sin manifestación alguna de los extremos procesales y en aplicación de la L 2080 de 2021, se ordenó por Secretaría de la Corporación adelantar el trámite previsto en el numeral 5º del artículo 67 ibídem9. Por lo anterior no se registran alegaciones finales en esta instancia, por los extremos en litis, ni el agente del Ministerio público delegado ante esta corporación, emitió concepto en esta ocasión.

# CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del CPACA, la Sala no encuentra hasta este momento que se haya configurado alguna causal de nulidad que pueda invalidar la actuación realizada dentro del proceso.

# De lo debatido en segunda instancia y el problema jurídico Problema Jurídico

1. En los términos del recurso de apelación corresponde a esta Sala establecer si:

*¿****Si*** *la mesada pensional de la demandante debe reliquidarse conforme a lo dispuesto en la sentencia de primera instancia, esto es, con el promedio del IBL, sobre los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 de lo devengado, durante los últimos diez años de prestación del servicio con una tasa de remplazo del 76.08% de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003,* ***o si*** *por el contrario, le asistió razón a la entidad demandada al indicar que los actos administrativos demandados deben mantener su presunción de legalidad?*

1. De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

# Tesis argumentativa propuesta por la Sala

1. *La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, mediante la cual se accedió a las pretensiones de reliquidación y pago de la pensión de*

*8 Índice 2 del Expediente electrónico.*

*9 “(…)5. Si fuere necesario decretar pruebas, una vez practicadas, el superior autorizará la presentación de alegatos por escrito, para lo cual concederá un término de diez (10) días.* ***En caso contrario, no habrá lugar a dar traslado para alegar****. El secretario pasará el expediente al despacho para dictar sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de concluido el término para alegar o de ejecutoria del auto que admite el recurso. (…)”*

*jubilación a favor de la demandante, aplicando el artículo 10 de la ley 797 de 2003 según el cual, se obtiene un IBL, con una tasa de reemplazo del 76.08% sobre los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, devengados en los últimos 10 años de servicios, en aplicación del principio de favorabilidad, criterios jurisprudenciales de unificación y régimen legal.*

# De las proposiciones sobre los hechos que se encuentran probados

1. Encuentra esta instancia que al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes. Por lo tanto, se tendrán como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en su conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda y que se concreta en los siguientes hechos probados:

* La demandante nació el 27 de abril de 195810 y para el 27 de abril de 2013, la señora EDELMIRA PÉREZ CÁRDENAS, cumplió la edad de 55 años.
* Está acreditado11 que la señora EDELMIRA PÉREZ CÁRDENAS, laboró en el sector público de manera continua, desde el 23 de agosto de 1984 al 30 de marzo de 2017 (fecha de retiro definitivo), que corresponde a 32 años, 7 meses y 8 días. Es decir que la sumatoria del tiempo de vinculación y cotización, arroja un total de 1.676,85 semanas cotizadas.
* De igual manera se probó que para el 1° de abril de 1994, la demandante tenía más de 35 años y que consolidó su estatus pensional el 27 de abril de 2013, fecha en la cual cumplió 55 años de edad y acumuló un promedio de cotización de 1.474,28 semanas. Asimismo, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005) a través del cual se prorrogó el régimen de transición hasta diciembre de 2014, acumulaba un promedio de 1.076,14 semanas cotizadas.
* Se corrobora que con la Resolución No GNR 4216 del 9 de enero de 2015, la entidad demandada, reconoció a la señora EDELMIRA PÉREZ CÁRDENAS, una pensión de vejez aplicando los parámetros de la Ley 33 de 1985, es decir, una tasa de reemplazo del 75%, con una mesada de

$1.152.629 (archivo 8 del expediente administrativo- enlace archivo 27- expediente digital).

* Sin embargo, el reconocimiento pensional, fue reliquidado a través de las Resolución GNR 378671 del 13 de diciembre de 2016, y con ocasión del retiro definitivo de la demandante (30 de marzo de 2017), mediante la Resolución 31512 del 6 de abril de 2017 (archivo 1, pág. 16 del expediente

*10 Ver cédula de ciudadanía (f. 37 -archivo 01 del expediente administrativo).*

*11 Ver el expediente administrativo de acuerdo con el enlace compartido (archivo 27 del expediente digital).*

administrativo- enlace archivo 27- expediente digital), destacándose que se calculó un IBL en $1.961.891.

* A su turno y con las Resoluciones SUB 198194 y DIR 18953 del 25 de julio y

24 de octubre de 2018, respectivamente (archivo 1, pág. 24 del expediente administrativo- enlace archivo 27- expediente digital), se ordenó la reliquidación de la mesada pensional de la demandante, teniendo en cuenta para ello 1.649 semanas, un IBL de 2.116.386 y una tasa de reemplazo del 75%, continuando con la aplicación de los parámetros señalados en la referida Ley 33, con un monto de la mesada de $1.587.290.

* Concordante con lo anterior, se probó12 con la certificación electrónica de tiempos laborados – CETIL Nº 202007891800611000840007, que entre el 01 de abril de 2007 y el 30 de marzo de 2017, la demandante, devengó como factores computables, al tenor del Decreto 1158 de 1994, los siguientes: i) asignación básica (artículo 1, literal a), ii) bonificación por servicios prestados (artículo 1, literal g), iii) la remuneración por trabajo dominical o festivo (artículo 1, literal e) y iv) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (artículo 1, literal f), con los siguientes valores:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Mes y Año** | **TRABAJO DOMINICAL O FESTIVO** | **TRABAJO NOCTURNO** | **TRABAJO HORAS EXTRAS** | **TRABAJO SUPLEMENTARIO- HORAS EXTRAS O NOCTURNO** |
| Abril 2007 | $242.760 | $ 180.646 |  | $ 56.642 |
| Mayo 2007 | $226.576 | $ 66.554 |  | $ 80.714 |
| Junio 2007 | $194.208 | $ 114.093 |  | $ 58.058 |
| Julio 2007 | $ 234.669 | $ 123.600 |  | $ 58.058 |
| Agosto 2007 | $ 253.518 | $ 82.172 | $ 205.258 | $ 85.668 |
| Septiembre 2007 | $ 279.744 | $ 71.900 |  | $ 85.668 |
| Octubre 2007 | $ 43.710 | $ 10.271 |  | $ 21.417 |
| Noviembre 2007 | $ 87.420 | $ 61.629 |  | $ 61.192 |
| Diciembre 2007 | $ 87.420 | $ 20.543 |  | $ 59.662 |
| **TOTAL 2007** | **$ 1.650.024** | **$ 731.408** | **$ 205.258** | **$ 567.079** |
| Enero 2008 | $ 192.324 | $ 20.543 | $ 62.721 |  |
| Febrero 2008 | $0 | 2095084 |  |  |
| Marzo 2008 | $ 599.040 |  |  |  |
| Abril 2008 | $ 210.897 |  |  |  |

*12 Ver archivo 01 – ver folios 66 a 96del expediente digital*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Mayo 2008 | $ 354.482 |  |  |  |
| Junio 2008 | $ 359.093 |  |  |  |
| Julio 2008 | $ 239.316 |  |  |  |
| Agosto 2008 | $ 360.760 |  |  |  |
| Septiembre 2008 | $ 82.153 |  |  |  |
| Octubre 2008 | $ 261.461 |  |  |  |
| Noviembre 2008 | $ 325.279 |  |  |  |
| Diciembre 2008 | $ 248.603 |  |  |  |
| **TOTAL 2008** | **$ 3.233.408** | **$ 20.543** | **$ 62.721** |  |

* De igual manera con el certificado CETIL Nº 20200289180061100097000613, se encuentra acreditado que para el año 2009 a marzo 2017, la demandante, devengo por concepto de trabajo dominical, festivo y horas extras, lo siguiente:

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **2009** | **2010** | **2011** | **201214** | **2013** | **2014** | **2015** | **2016** | **2017** |
| Enero | $ 266.462 | $ 25.439 | $ 251.281 | $ 300.861 | $ 97.862 | $ 218.362 | $ 366.296 | $ 358.394 | $ 292.903 |
| Febrero | $ 243.126 | $ 159.121 | $ 228.706 | $ 139.752 | $ 89.707 | $ 173.406 | $ 164.048 | $ 272.352 | $ 303.195 |
| Marzo | $ 284.798 | $ 148.218 | $ 226.825 | $ 230.984 | $ 148.832 | $ 293.291 | $ 233.711 | $ 356.023 | $ 550.287 |
| Abril | $ 213.122 | $ 150.035 | $ 212.579 | $ 262.037 | $ 87.668 | $ 231.207 | $ 260.367 | $ 274.723 | $0 |
| Mayo | $ 343.680 | $ 170.023 | $ 116.635 | $ 201.865 | $ 150.871 | $ 293.291 | $ 335.172 | $ 356.023 | $0 |
| Junio | $ 322.396 | $ 197.279 | $ 212.577 | $ 203.806 | $ 199.802 | $ 284.727 | $ 324.577 | $ 272.352 | $0 |
| Julio | $ 227.389 | $ 222.718 | $ 259.609 | $ 184.395 | $ 205.919 | $ 218.362 | $ 270.962 | $ 281.836 | $0 |
| Agosto | $ 330.962 | $ 195.462 | $ 214.737 | $ 205.748 | $ 216.112 | $ 375.490 | $ 332.925 | $ 279.465 | $0 |
| Septiembr e | $ 292.285 | $ 109.542 | $ 128.106 | $ 214.073 | $ 216.079 | $ 155.059 | $ 253.384 | $ 191.052 | $0 |
| Octubre | $ 288.651 | $ 351.351 | $ 205.748 | $ 89.707 | $ 156.279 | $ 233.711 | $ 358.394 | $ 307.917 | $0 |
| Noviembre | $ 349.132 | $ 224.944 | $ 265.918 | $ 156.986 | $ 222.644 | $ 298.880 | $ 486.565 | $ 265.239 | $0 |
| Diciembre | $ 285.017 | $ 226.285 | $ 215.455 | $ 152.910 | $ 222.644 | $ 303.375 | $ 358.394 | $ 561.057 | $0 |
| **TOTAL** | **$ 3.447.020** | **$ 2.180.417** | **$ 2.538.176** | **$ 2.343.124** | **$ 2.014.419** | **$ 3.079.161** | **$ 3.744.795** | **$ 3.776.433** | **$ 1.146.385** |

* Con los valores certificados por la entidad demandada, corrobora la Sala que los factores computables y devengados por la señora EDELMIRA PÉREZ CÁRDENAS, durante los 10 últimos años de servicio, fueron los siguientes:

*13 Archivo 01 – folio 92*

*14 Para los meses de agosto a diciembre, se tuvo en cuenta lo certificado por el CETIL Nº 202002891800611000970006.*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **ANUALIDAD** | **Nº de Meses** | **Asignación Básica** | **Bonificación por servicios prestados** | **Trabajo dominical, festivo nocturno y horas extras** |
| 2007 | 9 | $ 1.049.000 | $ 275.362 | $ 3.153.769 |
| 2008 | 12 | $ 1.143.000 | $ 363.050 | $ 3.316.672 |
| 2009 | 12 | $ 1.246.000 | $ 436.100 | $ 3.447.020 |
| 2010 | 12 | $ 1.290.000 | $ 451.500 | $ 2.180.417 |
| 2011 | 12 | $ 1.331.000 | $ 465.850 | $ 2.538.176 |
| 2012 | 12 | $ 1.398.000 | $ 465.850 | $ 2.343.124 |
| 2013 | 12 | $ 1.468.000 | $ 513.800 | $ 2.014.419 |
| 2014 | 12 | $ 1.541.000 | $ 539.350 | $ 3.079.161 |
| 2015 | 12 | $ 1.626.000 | $ 569.100 | $ 3.744.795 |
| 2016 | 12 | $ 1.764.000 | $ 617.400 | $ 3.776.433 |
| 2017 | 3 | $ 1.914.000 | $ 403.801 | $ 1.146.385 |

# Del estudio del caso en concreto

1. Con el fin de resolver uno de los argumentos del recurso de apelación impetrado por la apoderada de la parte demandada, se rememora que la Ley 1437 de 2011, tiene como finalidad, entre otras, fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.
2. Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de **unificación jurisprudencial del Consejo de Estado** a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos, concordante con el artículo 270 del CPACA15.
3. A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación estableció que ***“Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.*** *Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia,* ***deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas****”*16 (Resaltado fuera de texto).
4. La Corte Constitucional, en sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011 al examinar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dijo sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia:

*“El reconocimiento de la jurisprudencia como* ***fuente formal de derecho****, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en*

*15 Para los efectos de este Código se tendrán como* ***sentencias de unificación*** *jurisprudencial* ***las que profiera o haya proferido*** *el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social* ***o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia****; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.” (Negrita fuera de texto).*

*16 Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia* [*C-634*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48244&0) *de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.*

*una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.* ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia****,* ***adquiere carácter vinculante.”*** (Negrita fuera de texto).

1. Postura sostenida de tiempo atrás cuando la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, dijo sobre la función de unificación del Consejo de Estado:

*“A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política.* ***En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución*** *y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones.”* (Negrita fuera de texto).

1. Y reiterada en la Sentencia C-539 de 2011, se acotó:

*“5.2.3. La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que* ***el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores****-, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v)* ***las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley*** *–art. 13 C.P.*

*(…)*

*En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley,* ***y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación*** *en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia****, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado*** *y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera,* ***una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial..****.”* (Negrita fuera de texto).

1. De lo anterior, se concluye que la función unificadora del Consejo de Estado que nace de la Constitución de 1991, se concreta con la Ley 1437 de 2011, de manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades administrativas está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos Tribunales.

# De la sentencia de unificación en materia de régimen de transición de pensiones - Ley 100 de 1993

* 1. En sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, dentro del expediente con Radicación No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés, luego de las reflexiones legales y jurisprudenciales sobre el régimen de transición en materia pensional, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fijó la siguiente regla jurisprudencial:

*“*

1. *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****”.*

1. *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****:*
2. ***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:*
   1. *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.*
   2. *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.*
3. *La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 198917. Por esta razón,* ***estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.***

*17 Ley 100 de 1993. “Artículo 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica […] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de*

*(…)*

*Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).*

1. ***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.*
2. *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.*
3. *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”.*
4. *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.***
5. *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.*
6. *A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.*

*educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida […]”.*

1. *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.*
2. *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.”* (Subrayado fuera de texto).
3. Igualmente, se dejó dicho que la interpretación dada en la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010 en relación con los factores enlistados por la Ley 33 de 1985, ha sido rectificada por la Sala Plena.
4. Así, el **periodo para concretar el IBL de quien se encuentra en el régimen de transición corresponde al promedio de los últimos 10 años de servicio, o al promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus de pensionado luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 si fuera menor a 10 años.** Y en cuanto a los factores que allí deben incluirse corresponde remitirse al artículo 21 *ibídem*, que señala:

*“(…) ARTICULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por*

*ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley,* ***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,*** *o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

*Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo. (…)”* (Negrilla fuera del texto original).

1. De manera que los factores sobre los cuales se determinará el IBL de los trabajadores cobijados por el régimen de transición será únicamente el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se ha cotizado.
2. En este sentido, el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso. Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 en cuanto define que el salario

mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

1. De igual manera, el **Decreto Reglamentario No. 1158 de 1994**18 consagra lo siguiente:

*“(…) ARTÍCULO 1o. El artículo 6o 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:*

1. *La asignación básica mensual;*
2. *Los gastos de representación;*
3. *La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
4. *Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
5. *La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
6. *La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
7. *La bonificación por servicios prestados; (…)”*
8. Por ende, el IBL estará conformado únicamente por estos conceptos, siempre que hayan sido percibidos por el trabajador dentro del marco temporal antedicho, sin perjuicio de otros emolumentos frente a los cuales el legislador haya señalado, mediante norma especial, que constituyen factor para liquidación de la pensión o de personal exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social, por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

# Del principio de favorabilidad en materia pensional

1. El principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas.
2. Ha indicado la Corte Constitucional19 que “*El principio apunta a superar controversias respecto de la aplicación de dos normas y cuando un precepto admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones.”*
3. En atención a dicho principio, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, así:

*18 Por el cual se modifica el artículo 6o del Decreto No. 691 de 1994.*

*19 C- 168 de 1995*

*“****ARTÍCULO 10.*** *El artículo* [*34*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#34) *de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez.* ***El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ing****reso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación.* ***Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.***

*El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.*

*A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:*

*El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:*

*r = 65.50 - 0.50 s, donde:*

*r =porcentaje del ingreso de liquidación.*

*s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*

*A partir del* ***2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5%*** *de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo.* ***El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima****”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

1. En consecuencia, el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 con la modificación indicada en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, prescribe que el valor total de la pensión, **no podrá ser superior al 80% del ingreso base de liquidación, ni inferior al salario mínimo legal mensual vigente**. Criterio que ha sido asumido por este Tribunal20 de manera previa.

# Solución del caso en concreto

1. En el *sub lite*, no existe controversia, respecto a que la señora EDELMIRA PÉREZ CÁRDENAS, nació el 27 de abril de 1958 y que laboró como servidora pública de manera continua, desde el 23 de agosto de 1984 al 30 de marzo de 2017 (fecha de retiro definitivo), que corresponde a 32 años, 7 meses y 8 días, lo que significa que para el momento de entrada

*20 Ver entre otras sentencias – Sala de decisión Nº 2 - Magistrado Ponente: Luis Ernesto Araniegas Triana – calendadas del 26 de agosto de 2020 y 23 de septiembre de 2020- radicados: 15001-33-33-005-2017-00213-01 y 15001-33-33-013-2017-00001-01.*

en vigencia del sistema pensional creado con la Ley 100 de 1993, **contaba con más de quince (15) años** de prestación de servicios.

1. Asimismo, para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005) a través del cual se prorrogó el régimen de transición hasta diciembre de 2014, la demandante, **acumulaba un promedio** de 1.076,14 **semanas cotizadas**¸ es decir contaba con más de 750 semanas de cotización.
2. Lo anterior implica que la demandante está cobijada por el régimen de transición en comento, así que la **edad** para acceder a la pensión, el **tiempo de servicios** y el **monto** de la prestación corresponden al régimen anterior, que para el caso es la Ley 33 de 1985, mientras que el IBL (delimitación temporal y factores salariales) se rige por la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, conforme se expuso en el acápite precedente, esto es el decreto 1158 de 1994, pero con una tasa de remplazo del **76.08%**, como fue aceptado por la entidad demandada, por lo que al respecto no existe controversia.
3. En este orden de ideas y de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 los requisitos para consolidar el estatus pensional eran (i) haber servido 20 años como *empleado oficial* y (ii) alcanzar 55 años de edad, los cuales fueron reunidos efectivamente por la demandante el 27 de abril de 2013 y, por ende, la pensión de jubilación debía liquidarse en cuantía del **76.08%** del promedio de lo devengado durante los 10 últimos años de servicios, incluyendo únicamente los factores salariales taxativamente contemplados en el **Decreto No. 1158 de 1994.**
4. De igual manera, se evidencia que la misma demandada, reconoció que la demandante, tenía derecho al reconocimiento pensional, y para determinar el ingreso base de liquidación pensional, debía tenerse en cuenta los últimos 10 años de servicios, con los factores del Decreto 1158 de 1994, además que era beneficiaria de lo preceptuado en la Ley 797 de 2003, con una tasa de reemplazo del 76.08%.
5. Sin embargo, como la controversia suscitada por los extremos en litis, gira en torno al cálculo que hizo la entidad demandada respecto del IBL, con lo que se afecta la mesada, por lo que, al retomar los hechos probados, la Sala encuentra que la demandante efectivamente devengo los siguientes conceptos y valores:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **Nº de Meses** | **Asignación Básica** | **Bonificación por servicios prestados** | **Trabajo dominical, festivo nocturno y horas extras** | **Total acumulado** | **Total IBL-**  Actualizado la a la fecha de retiro de servicios (30 de  marzo de 2017) |
| 2007 | 9 | $ 1.049.000 | $ 275.362 | $ 3.153.769 | $ 12.870.131 | $ 13.614.02521 |

*21 Se toma el IPC- variación anual: 5.78%*

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 2008 | 12 | $ 1.143.000 | $ 363.050 | $ 3.316.672 | $ 31.009.747 | $ 33.388.19422 |
| 2009 | 12 | $ 1.246.000 | $ 436.100 | $ 3.447.020 | $ 52.223.314 | $ 53.267.78023 |
| 2010 | 12 | $ 1.290.000 | $ 451.500 | $ 2.180.417 | $ 71.379.697 | $ 73.642.43424 |
| 2011 | 12 | $ 1.331.000 | $ 465.850 | $ 2.538.176 | $ 92.618.460 | $ 96.073.12825 |
| 2012 | 12 | $ 1.398.000 | $ 465.850 | $ 2.343.124 | $ 115.658.102 | $ 118.480.16026 |
| 2013 | 12 | $ 1.468.000 | $ 513.800 | $ 2.014.419 | $ 138.624.379 | $ 141.313.69227 |
| 2014 | 12 | $ 1.541.000 | $ 539.350 | $ 3.079.161 | $ 163.424.203 | $ 169.405.52928 |
| 2015 | 12 | $ 1.626.000 | $ 569.100 | $ 3.744.795 | $ 193.231.424 | $ 206.313.19129 |
| 2016 | 12 | $ 1.764.000 | $ 617.400 | $ 3.776.433 | $ 231.875.024 | $ 245.207.83830 |
| 2017 | 3 | $ 1.914.000 | $ 403.801 | $ 1.146.385 | $ 252.500.024 | $ 264.342.27531 |

1. Así, que el valor total del IBL, de acuerdo con lo realmente devengado, corresponde a la suma de $ 2.202.852, valor al que se le debe aplicar el porcentaje del 76.08 %, con lo que se acredita que la mesada pensional efectiva a favor de la señora EDELMIRA PÉREZ CÁRDENAS, para abril 2017, corresponde a $ 1.675.930 y no como la determinó la entidad demandada en los actos enjuiciados, por lo que como acertadamente lo dispuso el A- quo, en el reconocimiento pensional y reliquidación de la mesada a favor de la demandante, lo determinado en los actos s*ub judice*, no atendieron el IBL con lo realmente devengado.
2. Conforme a lo anterior, para la Sala es claro que pese a que Colpensiones, a través de la Resolución SUB 173238 del 13 de agosto del año 2020, reliquidó la pensión a favor de PEREZ CARDENAS EDELMIRA y la elevó a la cuantía de $1.599. 533.oo efectiva a partir del 01 de abril del año 2017 con el monto del 76.08%, como fue indicado en precedencia, la mesada a favor de la demandante para esa fecha era de $ 1.675.930, arrojando una diferencia de $ 76.397 que afecta su derecho pensional, diferencia que parte del análisis de lo realmente devengado en el promedio de los 10 últimos años.
3. Así las cosas, de acuerdo con lo probado y de la revisión aritmética indicada en precedencia, encuentra la Sala acertada la decisión del A- quo, en cuanto a que lo realmente devengado por la demandante corresponde a la suma de **$ 2.202.852,** valor que incide en el porcentaje de la mesada pensional efectiva, ya que al aplicar el porcentaje del 76.08

*22 Se toma el IPC- variación anual: 7.67% 23 Se toma el IPC- variación anual: 2.00% 24 Se toma el IPC- variación anual: 3.17% 25 Se toma el IPC- variación anual: 3.73% 26 Se toma el IPC- variación anual: 2.44% 27 Se toma el IPC- variación anual: 1.94% 28 Se toma el IPC- variación anual: 3.66% 29 Se toma el IPC- variación anual: 6.77% 30 Se toma el IPC- variación anual: 5.75% 31 Se toma el IPC- variación anual: 4.69%*

%, sobre el cual no hay discusión, la entidad le estaría reconociendo un valor inferior al realmente devengado que afectaría el reconocimiento pensional.

1. Bajo este entendido, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la apoderada de la entidad demandada, en el recurso de apelación, en razón a que la prestación debió ser reliquidada por COLPENSIONES con arreglo a lo realmente devengado, que determine el IBL de quien se encuentra en el régimen de transición corresponde al promedio de los últimos 10 años de servicios, de modo que en efecto fue desvirtuada la presunción de legalidad de los actos acusados, conforme a las consideraciones expuestas en precedencia que conllevan a confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia.

# COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

1. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, adicionó un inciso al artículo 188 del CPACA, por lo que, en criterio de la Sala, el nuevo inciso 2.º implica que actualmente la condena en costas, solo puede imponerse cuando de forma evidente la demanda o su oposición carezca de fundamento.
2. En este caso, no se advierte que se configurara ese supuesto, pues pese a que el recurso de la entidad no prospero, la tesis de la parte demandada contó con sustento argumentativo y criterio jurisprudencial. Así las cosas, no hay lugar condena en costas.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

# FALLA:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de julio de 2021por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, **previo registro en el sistema SAMAI**.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

*Firmado electrónicamente*

# JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

*Firmado electrónicamente*

# BEATRÍZ TERESA GALVIS BUSTOS

**Magistrada**

*Firmado electrónicamente*

# DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

***Constancia:*** *“La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que integran la Sala de Decisión en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.*