



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO:	SENTENCIA	DE	SEGUNDA
	INSTANCIA.		
M DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.		
EXPEDIENTE No.	70-001-33-33-001-2016-00097-01.		
DEMANDANTE:	JAIRO REYES PADILLA		
DEMANDADO:	COLPENSIONES.		

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 7 de marzo de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual concedió las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda.¹

El demandante **pretende**, mediante el presente medio de control, la nulidad absoluta de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. GNR 414098 del 30 de noviembre de 2014, proferida por COLPENSIONES en la cual niega el reconocimiento y pago de una pensión de vejez.
- Resolución No. GNR 126363 del 30 de abril de 2015, mediante la cual COLPENSIONES resuelve un recurso de reposición en el

¹ Folio 1 a 50 cuaderno principal

sentido de confirmar en todas sus partes la Resolución No. GNR 414098 del 30 de noviembre de 2014.

- Acto ficto o presunto derivado de la no respuesta al recurso de apelación interpuesto en subsidio contra la Resolución No. GNR 414098 del 30 de noviembre de 2014.

Solicita que se declare que el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de la actora, es el regulado por la Ley 33 de 1985, constituido por la última asignación básica mensual e inclusión de todos los factores salariales más altos devengados en el último año de servicio del accionante.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos contemplados en la Ley 33 de 1985 a favor del señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA.

Asimismo, pide que se pague a favor del demandante las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, a partir del 28 de abril de 2005 fecha en la cual acreditó las condiciones legales de edad y tiempo de servicio exigidas por la Ley 33 de 1985, debidamente indexadas.

Sumado a lo anterior, pretende que se condene a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Al igual, solicita que se ordene a la entidad demandada a dar cumplimiento al fallo estimatorio, conforme lo establecido en los artículos 189 y 192 del CPACA, al igual que se condene en costas de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

Como **fundamentos fácticos**, se afirmó en la demanda que:

El señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA, nació el día 28 de abril de 1950, cumpliendo la edad de cincuenta y cinco (55) años el día 25 de abril de abril del 2005. A la fecha de la presentación de la demanda, contaba con sesenta y seis (66) años de edad. Durante su vida laboral, prestó sus servicios en la CAJA AGRARIA, desde el 1º de abril de 1974 al 29 de diciembre de 1992, haciendo los respectivos aportes a pensión al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES. Asimismo, estuvo vinculado al MUNICIPIO DE SAMPUÉS, SUCRE, desde el 6 de febrero de 1998 hasta el 12 de enero de 2004, tiempo en que hizo

aportes al mismo municipio, pero quien responde es el FOMPET de conformidad con la Ley 863 de 2003.

Por tanto, sostuvo que trabajó al servicio del Estado un tiempo de 24 años, 9 meses y 5 días.

El MUNICIPIO DE SAMPUÉS, SUCRE, a través de la Resolución No. 120 de 4 de marzo de 2014, reconoció un bono pensional a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por el tiempo que el señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA laboró para este ente territorial, desde el 6 de enero de 1998 hasta el 12 de enero de 2004, por un valor de \$44.647.545.

El último salario y factores salariales devengados por el señor Reyes Padilla a la fecha de retiro del servicio, fueron los siguientes: asignación básica mensual y prima de navidad.

El señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA solicitó ante COLPENSIONES, el reconocimiento a la pensión de vejez, siendo resulta la petición de manera desfavorable mediante Resolución No. GNR 414098 del 30 de noviembre de 2014.

Contra aquella determinación, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, solicitando su revocatoria, y en ese sentido, se reconozca la pensión de jubilación reclamada, teniendo en cuenta el bono pensional emitido por el Municipio de Sampués, Sucre. Fue así, como COLPENSIONES expidió la Resolución Np. GNR 126363 del 30 de abril de 2015, en la cual resolvió el recurso de reposición decidiendo confirmar en todas sus partes el acto recurrido. A la fecha, la administración pensional no ha dado respuesta al recurso de apelación, por lo que se tiene por configurado el acto ficto o presunto negativo.

El señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA, es beneficiario del régimen de transición en tanto que al 1º de abril de 1994, fecha que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con de 43 años de edad y más de 15 años de servicio; por ende, tiene derecho a que se le aplique de manera integral el régimen pensional anterior al que se encontraba afiliado, esto es, el estipulado en la Ley 33 de 1985.

Como **normas violadas**, la parte actora en su demanda, señaló como infringidos el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el **concepto de la violación**, explicó que los actos demandados violaron las normas anunciadas, toda vez que siendo titular del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la negativa de la demandada vulneró los derechos fundamentales de igualdad, mínimo vital, seguridad social y debido proceso, en la medida que cumplía con los requisitos de la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación.

Asimismo, adolecen los actos acusados de falsa motivación en tanto que su argumentación relación con no se anexó formato de empleadores para bono pensional al momento de la solicitud, era errónea en la medida que el actor acreditaba todos los requisitos legales, en especial el de tiempo de servicio, para acceder al derecho pensional reclamado.

b. Contestación de la demanda².

La entidad accionada se opuso a todas las pretensiones de la demanda por carecer de asidero jurídico, argumentando que el demandante no cuenta con semanas cotizadas en aportes al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, por tanto, no hay razón alguna para declarar la nulidad de los actos demandados.

Adujo, que el actor no tiene reporte de historia laboral realizados a COLPENSIONES, luego entonces no es posible acceder a su reclamación pensional.

Indicó que *"al contabilizar los tiempos públicos cotizados del 06/01/1998 hasta el 12/01/2004, ALCALDÍA MUNICIPAL DE SAMPUÉS como cotizados al Instituto de Seguros Sociales, esta administradora de pensiones pierde competencia para decidir la prestación, por no ser la última entidad de previsión en la que se realizaron los aportes. Lo anterior de conformidad con el concepto interno No. 2014_8236559 del 14 de octubre de 2014."*

² Folios 126 a 129 cuaderno de primera instancia.

Propuso como excepciones: **(i) Inexistencia de las obligaciones reclamadas por no ser beneficiario de la pensión de vejez**, como quiera el demandante a pesar de estar afiliado a la administradora en la actualidad no registra ninguna cotización, por tanto los tiempos laborados para la Alcaldía de Sampedra, no pueden ser tenidos en cuenta para el estudio de la prestación. **(ii) cobro de lo debido**, sustentado en que la entidad no tiene ninguna obligación pensional con el demandante. **(iii) improcedencia de cobro de intereses moratorios**, manifestó que este cobro opera en aquellos eventos en que el Administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, haya reconocido la pensión de vejez debido a que el afiliado no logró acreditar los requisitos mínimos para ser acreedor de la prestación social, caso que no sucede en el presente asunto por lo que no hay lugar a pagar dicho concepto.

c. La sentencia apelada³.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sampedra profirió sentencia el día 7 de marzo de 2018, mediante la cual concedió las súplicas de la demanda, ordenando el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA, con base en los parámetros previstos en la Ley 33 de 1985, aplicado en virtud del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

Luego de hacer alusión a las normas que regulan el régimen de transición en materia pensional, y su desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, abordó el caso concreto afirmando que el actor es titular de dicho régimen, pues, cumple con los condicionamientos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto le asiste el derecho a que se le aplique en su caso el régimen pensional anterior más favorable, esto es, la Ley 33 de 1985. Siendo así, previo examen de los elementos probatorios recaudados, concluyó que el demandante prestó sus servicios al Estado por más de 20 años, al haber laborado en el Departamento de Sucre y el Municipio de Sampedra, Sucre, tiempo en que realizó las respectivas cotizaciones a COLPENSIONES, por lo que dicha obligación le asiste a dicha entidad pensional.

3 Folios 171 a 179 cuaderno de primera instancia.

d. El recurso de apelación⁴.

Dentro de la oportunidad legal correspondiente, la parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria, y en consecuencia se nieguen las súplicas de la demanda, con base en los siguientes fundamentos:

Insistió la postura esgrimida en la contestación de la demanda, referida a que no tiene competencia para asumir la obligación de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, como quiera que no reposa en la historia laboral del actor, ninguna semana cotizada al régimen de prima media administrada por COLPENSIONES, de ahí que dicha carece de legitimación en la causa respecto de las pretensiones pensionales de la parte accionante.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación interpuesto por las ambas partes, fue admitido mediante auto del 25 de julio de 2018 (F. 4, c. 2). Con proveído del 18 de septiembre de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F. 8, c. 2), término dentro del cual se pronunció la parte demandante insistiendo en que el demandante tiene derecho al pago de la pensión de vejez, en los términos previstos en la Ley 33 de 1985, siendo competente de tal reconocimiento COLPENSIONES en virtud del mandato legal previsto en el artículo 6º del Decreto 813 de 1994⁵.

Por su parte, la entidad demandada no realizó pronunciamiento alguno.

El **Ministerio Público** emitió concepto en esta instancia, señalando que se debe confirmar la sentencia en alzada, por cuanto está suficientemente claro que *"los períodos de tiempo laborados para las entidades del Estado están debidamente certificados, dando cuenta un tiempo de 20 años"*, por lo que el actor ha cumplido con el requisito de tiempo de servicio que señala ley para acceder a la pensión.⁶

⁴ Folios 186 a 188, c. 1.

⁵ Folios 11 a 13, c. 2.

⁶ Folios 14 a 23, c. 2.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

a. La competencia.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

b. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, conforme los límites de competencia previstos en los artículos 320 y 328 del CGP, la Sala deberá establecer, si el demandante tiene derecho a acceder a la pensión de vejez regulada por la Ley 33 de 1985, en virtud del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

De ser así, determinar quién tiene la obligación de asumir la carga prestacional derivada de la pensión de vejez.

c. Marco legal del sistema general de pensiones, y la aplicabilidad del régimen de transición.

El sistema general de seguridad social, en el que se encuentra el régimen de pensiones, comenzó a regir y surtir efectos con la expedición de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, cuyo propósito en el ámbito pensional, fue unificar en un solo sistema, todos los regímenes vigentes al momento de su expedición, es decir, concentró en un misma regulación el régimen pensional de los empleados particulares y servidores públicos, exceptuándose los estipulados en el artículo 279 de esa misma normativa⁷.

⁷ **ARTICULO. 279.-Excepciones.** El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa 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 educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 tuvo la previsión de respetar los derechos adquiridos de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia, inclusive, las expectativas legítimas de quienes hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, siendo el régimen anterior más beneficioso al establecido por aquella normativa. Tal garantía, se encuentra consagrada en el artículo 36 de la ley en comento, el cual dispone:

ARTICULO 36 - . Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta años para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se Incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de los 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 DAÑE. (...).

En ese sentido, la garantía que habla la mencionada preceptiva se circunscribe en el régimen de transición que gozan aquellos que se encuentran gobernados por un régimen pensional más favorable vigente antes de la Ley 100 de 1993, de manera que el régimen de transición se diseñó *"con el fin de que aquellas personas próximas a pensionarse no se vieran afectadas con la creación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993..."* manteniéndose *"en el régimen pensional al cual estaban afiliados al momento de entrar*

vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

*en vigencia dicha ley, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez.*⁸

Conforme a la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993⁹, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la prestación pensional, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

Asimismo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permitió que normas pensionales anteriores a su vigencia, conservaran sus efectos en el tiempo (efectos ultractivos), como suceden en el caso de la Ley 33 de 1985 aplicable a los empleados del sector público¹⁰, en donde se exige para acceder a la pensión de vejez, tener 55 años de edad y 20 años de servicios, cuyo monto de la mesada equivalente al 75% del ingreso base de liquidación.

Siendo así, el eventual beneficiario del régimen de transición – al acreditar alguno de los supuestos de hecho atrás mencionados -, que tenga la condición de empleado público al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, conserva las prerrogativas que estipulan el régimen pensional anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del ingreso base de liquidación.

d.Criterio Jurisprudencial respecto al ingreso base de liquidación Pensional de empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, y los factores salariales a tener en cuenta.

Si bien es cierto que existe consenso jurisprudencial – Consejo de Estado y Corte Constitucional – en torno a la aplicabilidad y efectos del régimen pensional más favorable del servidor público vigente antes de la Ley 100

⁸ Sentencia T – 128 de 2015.

⁹ ARTICULO. 151.-Vigencia del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, **regirá a partir del 1º de abril de 1994**. No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma.

¹⁰ Con algunas excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial, empleados de la Contraloría General de la República (Decreto Ley 929 de 1976) y la ley 71 de 1988 que reguló la pensión de jubilación por aportes.

de 1993, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibídem*, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y el monto a pagar, no es menos cierto que frente a este último tópico se ha suscitado una gran discusión y debate relacionado con la forma de determinar ese monto, esto es, los parámetros que se requieren para obtener la base de ingreso pensional que permita cuantificar el derecho pensional.

Así, la controversia ha gravitado, en si la determinación del ingreso base pensional de los cobijados por el régimen pensional de los empleados oficiales vigente con anterioridad a la Ley 100 de 1993, esto es la Ley 33 de 1985, y para los casos de regímenes pensionales especiales como los de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Decreto 546 de 1971) y empleados de la Contraloría General de la República (Decreto Ley 929 de 1976), entre otros, alcanza ser cobijados por los beneficios de la transición, o si por el contrario se excluyen de la misma dado que tales parámetros están expresamente consignados en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera, la misma comprende lo referente, a que si en la base de liquidación pensional y/o ingreso base de liquidación, deben incorporarse o incluirse todos los factores salariales devengados en el último año de servicios – para el caso de los empleados oficiales gobernados por la Ley 33 de 1985 y los empleados judiciales regidos por el Decreto 546 de 1971), o en los últimos seis (6) meses antes del retiro del servicio – para el caso de los empleados de la Contraloría General de la República según el artículo 7º del Decreto 929 de 1976 -, o si por el contrario únicamente deben incluirse en la liquidación aquellos taxativamente enlistados como factores salariales y que fueron objeto de aportes al sistema de seguridad social en pensión.

Pues bien, tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Constitucional respecto a este punto, han existido posiciones disímiles, las cuales se traen a colación para efectos de ilustrar los antecedentes jurisprudenciales en esta materia.

El H. Consejo de Estado¹¹, refiriéndose al ingreso base de liquidación, ha manifestado que este sí hace parte del monto de la pensión de vejez, de tal suerte que, el ente gestor al aplicar la tasa de remplazo, no debe

¹¹ Ver entre otras las siguientes sentencias de la Sección Segunda: Sentencia del 16 de febrero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04). Sentencia del 23 de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04). Sentencia del 26 de enero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2002-05558-01(2985-05)

tomar la preceptiva del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino la que disponga la norma que por vía transicional corresponda, por cuanto liquidar la pensión tomando el monto de una norma y la base de liquidación de otra, sería vulnerar el principio de inescindibilidad.

Entonces, siendo el IBL parte integrante del monto de la pensión, la mesada pensional debe ser liquidada tanto en su monto como en su base salarial con fundamentos en la norma que por vía de transición se aplique, bien sea la Ley 33 de 1985, el Decreto 546 1971, el Decreto 919 de 1976, estableciendo los dos primeros que corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios¹², y el tercero el 75% del promedio de lo devengado en los últimos seis (6) meses de servicio.

Ahora bien, para el caso de aquellos que se encuentran regulados por la Ley 33 de 1985, en virtud de la transición, para efectos de determinar el salario de liquidación, esta norma y la Ley 62 de 1985, señalan los factores salariales que se han de tener en cuenta para conformar la base de liquidación pensional, a saber:

- Asignación básica.
- Gastos de representación.
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- Dominicales y feriados.
- Horas extras.
- Bonificación por servicios prestados.
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Respecto a este punto, al interior de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, no había consenso en la medida que existían diversas interpretaciones sobre los factores salariales a incluir en el salario de liquidación, por un lado se señalaba que la base de liquidación debe estar compuesta únicamente por los factores de salario que se encuentran taxativamente señalados en el ordenamiento jurídico, estos son, los mencionados en el párrafo que antecede, los cuales en su momento objeto de aportes al sistema pensional. Y por otro, estaba la postura que si bien el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificado por el

¹² Consejo de Estado en la sentencia del 25 de marzo de 2010, Sección Segunda, Subsección A, expediente No. 66001-23-31-000-2006-00452-01(1415-07) C.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

artículo 1º de la Ley 62 de 1985, prevé los factores salariales a tener en cuenta, los mismos son meramente enunciativos ya que atendiendo la naturaleza y finalidad del salario, pueden introducirse en la liquidación otros emolumentos que no están textualmente estipulados en el mencionado articulado.

Y la última posición hacía referencia a que solo podrían incluirse aquellos sobres los cuales se hubieren realizado los aportes a pensión.

Dada esta disyuntiva jurisprudencial, la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dentro del proceso radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), zanjó esta situación sentando el precedente en la materia, aduciendo que el régimen de transición permite la aplicación completa e integral de todo el andamiaje en que se edifica el régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, lo que significa que el monto pensional señalado en la Ley 33 de 1985 también debe aplicarse integralmente. Por ello, la base de liquidación para quienes se les aplican la Ley 33 de 1985, está compuesta por la tasa de reemplazo del 75% que se deriva de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, entendiéndose por factores salariales no solo aquellos que están taxativamente señalados en el ordenamiento jurídico como tal, sino todo aquello que recibe el empleado como retribución directa de sus servicios.

Al respecto sobre el carácter enunciativo de los factores salariales, la sentencia de unificación manifestó:

"De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por

lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

Del principio de favorabilidad en materia laboral.

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...)

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

...

a) De los factores de salario para liquidar pensiones.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

"(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."

(...)

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...)."

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional¹³.

Destaca la Sala que ésta no se tornó en una posición aislada de la mencionada Alta Corporación, sino que se erige como línea que se comenzó a consolidar tal postura, al punto que fue acogida por decisiones posteriores¹⁴.

De otro lado, la H. Corte Constitucional sostiene que el régimen de transición garantiza las expectativas legítimas de quienes se encuentran *ad portas* de pensionarse, conservándose en virtud de los efectos ultractivos de la norma, tres ítems del régimen pensional inmediatamente anterior aplicable al beneficiario, tales como: edad, tiempo de servicios o cotización y monto en lo que se refiere a la tasa de reemplazo.

Ahora, en lo que concierne al "monto", la máxima Corporación Constitucional se aparta del órgano de cierre de lo contencioso administrativo, en consideración a que el "monto" para efectos de las ventajas que trae consigo la transición, únicamente involucra el porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación, y no el cálculo de ese IBL ya que su determinación aritmética no está inmiscuido dentro de las prerrogativas del régimen de transición, como quiera tiene regulación expresa en el inciso 3º del artículo 36 la Ley 100 de 1993.¹⁵

¹³ Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 20 de marzo de 2013. REF: EXPEDIENTE No. 76001233100020070021701. NÚMERO INTERNO: 03412012. ACTOR: JOSÉ OMAR GONZÁLEZ CRUZ. AUTORIDADES NACIONALES.

¹⁵ Sentencia SU – 395 de 2017: **"En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje**

Pues bien, tal postura comenzó a desarrollarse en la sentencia C-258 de 2013, en la cual se fijó una interpretación respecto de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición. En concreto, sostiene:

*"La Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. **El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad**".*

(...)

*En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) **por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media**; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100- la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión "durante el último año" debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas".*

De conformidad con este precedente constitucional, determinar el ingreso base pensional y/o ingreso base de liquidación conforme las reglas pensionales vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, no fue un beneficio previsto taxativamente por el Congreso, por el

aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto..."

contrario, el legislador lo que quiso dentro de su potestad configurativa, fue imponer un método de cálculo autónomo, sin que el mismo esté dentro de las ventajas de la transición, luego entonces no resultaba adecuado extender los efectos del "monto" que trae regímenes pensionales anteriores en torno al IBL, por cuanto éste precepto fue taxativamente excluido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por tanto, la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el beneficiario de la transición, solo puede tener ventaja en lo que respecta a los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

Seguidamente, la H. Corte Constitucional en sentencia SU – 230 de 2015, ratificó el precedente atrás citado, afianzando el razonamiento de apartar del régimen de transición, el IBL dentro del monto pensional. Al respecto, dijo: "(...) *de esa forma, la Sala Plena [...] reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.*"

Y es que la doctrina de la Corte Constitucional, en este asunto, no solo se limita de excluir del régimen transición el IBL para efectos de calcular el derecho pensional, sino también aparta de aquél beneficio los factores salariales enlistados o previstos en las normas pensionales con anterioridad a la Ley 100 de 1993. Así, en sentencia SU – 395 de 2017, se dispuso:

*"En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. **En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma,***

serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

(...)

*En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, **la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.***

Recientemente, la Alta Corporación Constitucional recogió y reafirmó en la sentencia SU – 023 de 5 de abril de 2018, M. P. Dr. Carlos Bernal Pulido, su postura respecto a no involucrar en el régimen de transición, el IBL para el cálculo pensional, y los factores salariales vertidos en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993:

"5.1.3. Reglas de la jurisprudencia constitucional aplicables al régimen de transición y, en particular, al IBL.

97. Como conclusión del análisis que antecede, las principales reglas jurisprudenciales, en cuanto al alcance del régimen de transición que estatuyó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derivadas del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-258 de 2013) y del alcance de los derechos fundamentales que involucra, decantadas en las sentencias de unificación antes citadas, son las siguientes:

98. (i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.

99. (ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.

100. (iii) El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.

101. (iv) A **los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.**

102. (v) **El monto corresponde a la tasa de reemplazo o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión.**

103. (vi) **El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3º del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibídem y otras normas especiales en la materia.**

104. (vii) **Los factores constitutivos de salario, que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, por un lado, deben valorarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017 y, por el otro, tienen que ser específicamente calculados para cada caso en concreto.**

105. (viii) La acreditación del carácter subsidiario de la acción de tutela, en los términos de las sentencias SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017, a pesar de que se cuente con la posibilidad de agotar los recursos ordinarios y, eventualmente, el recurso extraordinario de revisión que regulan los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003[103], está supeditada, a que se trate de un supuesto de "abuso palmario del derecho". Este se configura, si se constata (i) un caso de "vinculación precaria" en "un cargo de mayor jerarquía y remuneración" y, (ii) que hubiese conllevado a un "incremento excesivo en la mesada pensional".

Resumiendo la línea jurisprudencial citada, los elementos pensionales que se respetan y garantizan del régimen pensional anterior, en virtud del régimen de transición, son: **(i)** edad; **(ii)** tiempo de servicio y **(iii)** el monto en lo que concierne a la tasa de reemplazo. No obstante, se excluyen de la transición, el cálculo del IBL ya que no hace parte del monto pensional, y los factores salariales previstos en las normas pensionales anteriores que deben incluirse en el cálculo del IBL.

Como contraposición a esa postura, dado la evidente disyuntiva entre las Alta Cortes, como respuesta a la sentencia SU 230 de 2015, el H. Consejo de Estado fijó su posición a través de sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016, proferida por la Sala Plena de la Sección

Segunda de dicha Corporación, en la que reiteró sus criterio respecto de que el monto de las pensiones sometidas al régimen de transición comprende la base de liquidación pensional y la tasa de remplazo. Sobre el particular consideró:

"Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".

Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los

argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.¹⁶

Siendo así, frente a un mismo supuesto de hecho, esto es, si el ingreso base de liquidación – IBL, hacía o no parte de las prerrogativas que arrastra el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, coexistían dos precedentes de unificación, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, con sólidos argumentos pero diametralmente disímiles.

Ante dicha situación, este Tribunal en ejercicio de su independencia y autonomía, manifestaba en sus providencias que resolvían estos mismos asuntos, los argumentos con que se justificaba la no adopción del precedente constitucional ya referido (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, entre otras), inclinándose en aplicar en estos casos, la posición del H. Consejo de Estado, en el sentido que el "monto" incluye el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, el que se encuentra regido por las normas anteriores, *verbi gracia* las Leyes 33 y 62 de 1985, sumado a que los factores salariales a tener en cuenta en el cálculo del IBL corresponden

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. No. 25000234200020130154101 (4683-2013), M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

a todos los devengados en el período en que el régimen pensional respectivo exigía, que para el caso de la Ley 33 de 1985 era el último año de servicios, haciendo la salvedad que aquellos emolumentos que no fueron objeto de aportes, al momento de su inclusión en la reliquidación, eran susceptibles de deducciones con destino al sistema pensional.

Sin embargo, el H. Consejo de Estado reconsideró su posición a través de sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹⁷, en la que fijó la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición, así:

"Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición"

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

*93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:*

*94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión,

¹⁷ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación. C.P. César Palomino Cortés.

actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

*95. 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 1989¹⁸. **Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.***

(...)

*96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.*

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

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

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

*100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación*

¹⁸ 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 educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]"

*de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*

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

En virtud de lo anterior, dado el carácter vinculante y obligatorio del citado precedente del Consejo de Estado, el cual se acompaña con el de la Corte Constitucional ratificado recientemente en sentencia T – 109 de marzo 23 de 2019¹⁹, esta Sala de Decisión dará aplicación a la regla jurídica junto con cada una de sus subreglas, en todos los asuntos de reliquidación pensional cuya controversia grave en torno al cálculo del IBL con base en el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993, e

¹⁹ Sentencia de la que se destaca además de ratificar la excusión del IBL de las beneficios que trae el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el carácter vinculante del precedente que ha trazado sobre esta materia a partir de las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, siendo prevalente por el sentado por el H. Consejo de Estado, sin perjuicio que dicho advirtió que en sentencia de unificación de 28 de agosto la Sala Plena de esa Corporación acogió aquella posición.

inclusión de los factores salariales en dicha liquidación, pendientes de ser resueltos por esta Corporación, salvo en los que casos en que haya operado la cosa juzgada²⁰.

e. Análisis probatorio y solución del caso.

Previo a examinar el fondo de esta controversia que convoca la atención de esta Sala de Decisión, se anunciará los hechos debidamente acreditados, así:

- Según copia del folio de registro civil de nacimiento del señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA, se tiene que el mencionado nació el día 28 de abril de 1950.²¹
- Conforme la copia del certificado de información laboral – Formato 1 -, sobre periodos de vinculación laboral para bono pensional y pensiones, de fecha 8 de noviembre de 2011, expedido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural²², se advierte que el señor JAIRO REYES PADILLA laboró en la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO S.A., desde el 1º de abril de 1974 hasta el 29 de diciembre de 1992, realizando los aportes al Instituto de Seguros Sociales, cuyo responsable del periodo es la Nación OBP (oficina de bonos pensionales) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Asimismo, la copia del certificado de información laboral – Formato 1 -, sobre periodos de vinculación laboral para bono pensional y pensiones, de fecha 12 de junio de 2014, expedido por el Municipio de Sampués, Sucre²³, indica que el actor prestó sus servicios a esa institución desde el 6 de enero de 1998 al 12 de enero de 2004, en el cargo de jefe de presupuesto y contabilidad, habiendo realizado las respectivas cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siendo responsable del periodo la Alcaldía Municipal.

²⁰ "La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables." Ver nota al pie N° 16.

²¹ Folio 52, c. 1.

²² Folios 54 y 55, c. 1.

²³ Folio 56, c. 1.

- Durante el periodo en que estuvo vinculado a la administración municipal de Sampedro, Sucre, devengó los siguientes factores salariales: (i) asignación básica mensual y (ii) prima de navidad, tal como lo señala el certificado expedido por la Tesorería General del Municipio de Sampedro, Sucre, fechado 27 de mayo de 2014.²⁴
- El Municipio de Sampedro, Sucre, mediante Resolución No. 120 del 4 de marzo de 2014²⁵, reconoció un bono pensional a favor del señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA, por el tiempo laborado en ese ente territorial, por valor de **\$44.647.545**, disponiendo cancelarlo con los recursos que posee el municipio en el Fonpet, de conformidad con lo establecido en la Ley 863 de 2003. Asimismo, determinó, el envío del acto a COLPENSIONES para que efectúe el cobro del bono pensional ante la Oficina de Bonos Pensionales – OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en atención a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 4105 de 2004. Dicho acto administrativo fue notificado al actor el día 4 de marzo de 2014²⁶.
- El día 16 de junio de 2014, el señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, siendo resulta la petición de manera desfavorable a través de la Resolución No. GNR 414098 del 30 de noviembre de 2014²⁷, en la cual se expuso:

“En este orden de ideas se procedió a verificar la historia laboral del afiliado la cual informa que el señor **REYES PADILLA JAIRO RAMIRO**, a la fecha no registra ninguna semana cotizada para esta administradora, razón por la cual se procedió a realizar los requerimientos internos a la Gerencia Nacional de Operaciones y a la Gerencia Nacional de Ingresos y Egresos, para que se realizaran las validaciones necesarias para su caso en concreto.

La respuesta por parte de la Gerencia Nacional de Operaciones fue “*Con la información suministrada no se encontró registro de cotizaciones para los períodos reclamados; por lo anterior, es necesario que nos suministre documentos probatorios donde se evidencie el vínculo laboral con dicho empleador, en su defecto comprobantes de pago con respectivo sello de banco. Esta información es necesaria para adelantar el proceso de corrección a que haya lugar*”

²⁴ Folios 58 a 62, c. 1.

²⁵ Folios 65 a 66, c. 1.

²⁶ Folio 64, c. 1.

²⁷ Folios 68 a 69, c. 1.

Que al recibir la anterior contestación por parte de la Gerencia de operaciones, se procedió a remitir a la Gerencia Nacional de Ingresos y Egresos la resolución N° 120 del 04 de marzo de 2014, emitida por la Alcaldía Municipal de Sampedra, para que se procediera a verificar si registraba pago alguno respecto de los aportes del señor **REYES PADILLA JAIRO RAMIRO**, de lo cual la Gerencia de Ingresos respondió:

"Se efectuó la verificación del caso y este corresponde a una solicitud de cálculo actuarial por omisión de empleador público; a la fecha el Municipio no ha efectuado ningún pago"

Así las cosas una vez realizado las validaciones necesarias para su caso, se evidencia que a la fecha si bien usted registra como Afiliado para nuestra Administradora en la actualidad no registra ninguna cotización, por lo tanto los tiempos laborados para la Alcaldía Municipal de Sampedra, no pueden ser tenidos en cuenta para el estudio de la prestación, para lo cual usted debe indicarle a su empleador que debe solicitar el cálculo actuarial por omisión el cual debe ser tramitado ante la Gerencia Nacional de Ingresos y Egresos (...)"

- Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.²⁸
- COLPENSIONES desató en sentido negativo el recurso de reposición, mediante Resolución No. GNR 126363 del 30 de abril de 2015²⁹, aseverando:

"En este orden de ideas, y como quiera que al no existir reporte de historia laboral en aportes realizados a Colpensiones por parte del señor REYES PADILLA JAIRO RAMIRO, se procedió a dar aplicación al concepto interno No. 2014_7567688 del 15 de septiembre de 2014 respecto de la inclusión de tiempos públicos certificados por el empleador como cotizados al Régimen de Prima Media, el cual concluye entre otros que:

*"Para resolver una solicitud de pensión de un afiliado que durante toda su vida laboral o en algún momento de ésta se haya desempeñado como servidor público, obligatoriamente deberán aportarse, por parte del ciudadano, los formularios CLEBP para contabilizar el tiempo total de servicio, **y deberán tenerse en cuenta todos los tiempos certificados independientemente si respecto de los mismos se efectuaron o no aportes para pensión a una caja pública o fondo territorial, ya que la responsabilidad la asume el empleador que certifica.**"*

En este orden de ideas, al contabilizar los tiempos públicos certificados del 06/01/1998 hasta el 12/01/2004, ALCALDIA MUNICIPAL DE SAMPEDRA como cotizados al Instituto de Seguros Sociales, esta Administradora de

²⁸ Folios 71 a 76, c. 1.

²⁹ Folios 78 a 79, c. 1.

pensiones pierde la Competencia para decidir la prestación, por no ser la última entidad de previsión en la que se realizaron los aportes.

(...)

Así las cosas, se concluye que no es procedente el estudio de la prestación solicitada por parte de esta Administradora de Pensiones, considerando que no es la última entidad de previsión en la cual se realizaron los aportes por el solicitante, razón por la cual no es competente para el reconocimiento de la prestación solicitada.”

- En el CD de antecedentes administrativos de los actos acusados, aportado por la entidad demandada, se encuentran los siguientes medios de convicción relevantes para el caso:

(i) El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a través del Oficio No. 20113400301261 de fecha 8 de noviembre de 2011, explica al señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA que el periodo laborado en la Caja Agraria, donde no se haya hecho cotización al ISS bien porque laboraba donde el ISS no tenía cobertura o por alguna otra circunstancia, tiene derecho a la expedición del bono pensional a cargo de la Oficina de Bonos Pensionales – OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien asumió dicha responsabilidad a partir del 30 de noviembre de 2004.

(ii) Derecho de petición elevado por el señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA, ante COLPENSIONES, con fecha de recibido el día 24 de febrero 2014, en el cual solicitó claridad sobre: a) la entidad competente para liquidar el cálculo actuarial de los seis (6) años laborados en la Alcaldía de Sampués, Sucre, como jefe de presupuesto; b) la competente para expedir el bono pensional por esos seis (6) años de servicio; c) y el tiempo de espera de dicho trámite.

(iii) En respuesta a lo anterior, COLPENSIONES expidió el Oficio No. BZ2014_1510338_0539982 de febrero 24 de 2014, manifestándole que debe solicitar al Municipio de Sampués, Sucre, la expedición de certificado para bonos pensionales, a través de los formatos 1, 2 y 3B.

(iv) A través de Oficio No. 8116676 del 12 de noviembre de 2013, COLPENSIONES expidió la referencia de pago No. 045130000000349 en el cual expresa que la reserva actuarial a 31 de diciembre de 2013, con respecto al periodo laborado y no cotizado del señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA en el

MUNICIPIO DE SAMPUÉS, SUCRE, desde el 6 de enero de 1998 hasta el 12 de enero de 2004, por un valor **de \$44.647.545.**

- Mediante Oficio de fecha 7 de mayo de 2014, COLPENSIONES realizó segundo cobro de la referencia de pago 045130000000349 a la Alcaldía Municipal de Sampués, respecto de la reserva actuarial a junio de 2014, por la suma de \$45.954.786.³⁰
- COLPENSIONES expidió acto administrativo de liquidación certificada de deuda No. CA 0000027 de mayo 14 de 2014, por el cual se determina una obligación, clara, expresa y exigible de pagar por concepto de cálculos actuariales de empleador público a favor de COLPENSIONES y en contra del MUNICIPIO DE SAMPUÉS, SUCRE, en la que dispuso: *"proferir liquidación certificada de deuda en contra de la ALCALDÍA DE SAMPUÉS, identificada con NIT: 892280055, por concepto de cálculos actuariales por omisión de empleadores públicos..."* correspondiente al señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA, por la suma de \$45.954.786³¹. el acto en comento, fue notificado al Municipio de Sampués, mediante Oficio No. 0005682836 de fecha 25 de junio de 2014, pero con fecha de recibido 18 de julio de 2014³².

Visto todo lo anterior, primeramente la Sala encuentra que el señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA prestó sus servicios al Estado, por espacio de 24 años, 9 meses y 4 días, distribuidos así:

Entidad	Fecha de ingreso	Fecha de retiro	Tiempo de servicio
Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A.	04/04/1974	29/12/1992	18 años, 8 meses y 28 días.
Municipio de Sampués, Sucre	06/01/1998	12/01/2004	6 años y 6 días.

³⁰ Folios 85 a 86, c. 1.

³¹ Folios 81 a 83, c. 1.

³² Folio 80, c. 1.

Asimismo, que el señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA nació el día 28 de abril de 1950, por lo que a la fecha de esta providencia ostenta sesenta (69) años de edad.

En ese sentido, con miras a determinar si el demandante, en procura del derecho pensional reclamado, es beneficiario de la régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Sala advierte que el actor sí es titular de tal beneficio, como quiera que a la fecha de entrada en vigencia aquella normatividad (1º de abril de 1994), tenía cuarenta y tres (43) años de edad y más de quince (15) años de servicio. Siendo así, al actor le asiste el derecho de que se le aplique el régimen pensional anterior que más le favorezca, que para el caso es la Ley 33 de 1985, en consideración a que tenía la condición de empleado oficial del orden nacional (Caja Agraria) y posteriormente del sector territorial (Municipio de Sampués, Sucre), norma que entre otras cosas, unificó el sistema pensional de los empleados oficiales de cualquier orden.

Así pues, se concluye hasta este momento, que siendo el actor beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su régimen pensional se encuentra regulado por la Ley 33 de 1985, norma a la que se debe remitir para efectos de determinar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a ese derecho económico. Ahora bien, es la oportunidad para advertir que el accionante no alcanza a cumplir los quince (15) años de servicios exigidos por la Ley 33 de 1985 para beneficiarse del régimen de transición que se consagra en ésta en aras de considerar la aplicación de la Ley 6ª de 1945 o el Decreto Ley 3135 de 1968, según sea el caso, por cuanto a la entrada de su vigencia (13 de febrero de 1985), el accionante tenía 10 años de servicio.

Bajo el contexto pensional mencionado, la Ley 33 de 1985 consagra como requisito para acceder a la pensión de jubilación, tener como mínimo veinte (20) años de servicio, bien sea continuos o discontinuos, y ostenta la edad de cincuenta y cinco (55) años independientemente del género.

En el caso particular, no existe duda, conforme el cuadro atrás reseñado, que el demandante cumple con creces este requisito, al acreditarse dentro del expediente que prestó sus servicios al Estado por espacio de 24 años, 9 meses y 4 días, y de igual manera, más de 55 años de edad,

por lo que a todas luces **sí tiene derecho a la pensión de jubilación que reclama en esta oportunidad** como beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Ahora en cuanto a la forma de liquidación, esto es, la manera de calcular y determinar el ingreso base de liquidación, se tiene que en virtud de la regla jurídica trazada por el precedente de unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado y por la misma H. Corte Constitucional, aplicable al *sub examine*, se advierte que el ingreso base de liquidación del derecho pensional de jubilación del actor, debe someterse a las reglas previstas en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con base en los parámetros previstos en la Ley 33 de 1983 como régimen anterior, pues tal arista para determinar el *quantum* de la pensión, está excluida del régimen de transición que contempló la Ley 100.

Ahora, en relación con los factores salariales, la subregla unificada del Consejo de Estado dice que debe incluirse aquellos que fueron objeto de aportes a pensión y que se encuentren señalados para el efecto en la ley, norma determinadora de factores que para los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se aclara ya no lo es, la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, sino la del Decreto 1158 de 1994, el cual modificó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, que reza:

"ARTICULO 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."

En ese sentido, para efectos de liquidación de la base pensional, debe decirse que el demandante percibió dentro de los últimos diez (10) años de servicio, los siguientes emolumentos: asignación básica y prima de navidad, de los cuales únicamente la primera se encuentra enlistada en el Decreto 1158 de 1994, de ahí que sobre ese factor debe liquidarse la pensión del demandante.

Quedando claro todo lo anterior, la Sala debe analizar quien es la entidad responsable de asumir esa obligación pensional, es decir, la competente para reconocer y pagar la pensión de jubilación que sin duda alguna tiene derecho el demandante. Sobre este aspecto, se duele COLPENSIONES en el recurso de apelación, al señalar que no tiene legitimación en la causa dentro del *sub examine*, ya que dentro de la historia laboral del actor no reposa registro de cotización, pese a que está afiliado tal como también se anuncia en los actos acusados, sumándose a que no pueden incluir dentro de dicho registro el tiempo laborado en el Municipio de Sampedra, ya que no canceló la suma de dinero por concepto de cálculo actuarial por omisión del empleador liquidado contra el mencionado municipio, por lo que ante esta situación, la competente para asumir la obligación pensional es el Municipio de Sampedra, por ser su último empleador.

Sobre el particular, la Sala considera que no le asiste razón a la entidad apelante, siendo ella – COLPENSIONES –, quien debe asumir el deber de reconocer y pagar el derecho pensional que le asiste al demandante, conforme los siguientes argumentos:

Del análisis de las pruebas reseñadas con anterioridad, se puede evidenciar que entre la administración municipal de Sampedra y COLPENSIONES, hubo irregularidades administrativas internas que impidieron la materialización del derecho pensional, dado que, COLPENSIONES ordenó al municipio el pago del cálculo actuarial por omisión de empleador, en dos ocasiones, esto es, respecto del corte a diciembre de 2013 y junio 2014, previo liquidación del mismo, no siendo pagado por este ente, sino que procedió a expedir la Resolución No. 120 del 4 de marzo de 2014, en la que se ordenó al pago de un bono pensional con recursos depositados en la cuenta del municipio en el FONPET, confiriéndole a COLPENSIONES el cobro del mismo, aspecto que fue rechazado por dicha entidad, al indicar que el bono pensional se predica una vez se haya reconocido la pensión, cosa que no sucede con

el actor, aduciendo entonces que lo que se busca es que con base en ese cálculo se incluya, dentro de la historia laboral de aquel, el registro del tiempo cotizado durante su vinculación en el ente territorial, para proceder al reconocimiento de la pensión, de conformidad con el Decreto 1887 de 1994.

Es decir, que en el caso de marras pese haber certeza en cuanto al tiempo laborado en el Municipio de Sampués, reconocido incluso por COLPENSIONES, y sobre el cual este ente asume la carga prestacional al expedir el bono pensional, la disyuntiva entre aquella y COLPENSIONES gravita en que no es a través del bono pensional pagado con recursos del municipio en el FONPET en que debe hacerse el trámite para validar las cotizaciones del empleado, sino mediante la figura del cálculo actuarial por omisión del empleador el cual debe ser pagado directamente a la entidad pensional administradora del régimen de prima media.

Siendo así, la Sala trae a colación el siguiente marco normativo:

- Ley 100 de 1993:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la

vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

(...)

- **Decreto 1887 de 1994.** por el cual se reglamenta el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo **33** de la Ley 100 de 1993.

Artículo 1º Campo de aplicación. El presente Decreto establece **la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993 o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.**

De acuerdo a lo anterior, el demandante se subsume en los supuestos estipulados en los literales c) y d) del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual para efectos de cómputo de las semanas cotizadas, se tiene en cuenta (i) el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, e incluso (ii) el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador. Así pues, claramente, la Caja de Crédito Agrario y Minero omitió la obligación de afiliarlo al ISS en su momento, y el Municipio de Sampués,

al no haber hecho descuentos por aportes a pensión con destino a Caja de Previsión Social o al ISS, era el responsable de esa carga prestacional.

Ahora, para el cómputo de dicho tiempo, el ordenamiento jurídico prevé que estas entidades oficiales trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del empleado afiliado, la cual estará representada **por un bono o título pensional**; cálculo actuarial que se determina con base en los lineamientos del Decreto 1887 de 1994. En otras palabras, el traslado de los recursos, apoyándose en el cálculo actuarial, por parte del empleador, puede efectuarse a través del **bono pensional**.

Siendo así, en el *sub examine* se encuentra que los recursos derivados del tiempo de cotización mientras estuvo vinculado el demandante a la Caja de Crédito Agrario y Minero, reposan en la Oficina de Bono Pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como lo señala el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a través del Oficio No. 20113400301261 de fecha 8 de noviembre de 2011, obrante en el CD de antecedentes administrativos, para lo cual COLPENSIONES debe hacer la correspondiente solicitud, máxime que dentro del archivo pensional del demandante reposa el certificado de expedición de bonos pensionales – Formato 1 – expedido por aquel ministerio. Por tanto, frente a este aspecto, el cual no es objeto discusión, no puede ser obstáculo para el reconocimiento pensional por parte de COLPENSIONES.

En lo que respecta al MUNICIPIO DE SAMPUÉS, SUCRE, si bien no existe prueba sobre el pago efectivo del cálculo actuarial por omisión del empleador en los términos del Decreto 1887 de 1994, **si hay prueba del reconocimiento de ese tiempo de cotización, a través de acto administrativo que expide el bono pensional por tal concepto. Lo que implica, que evidentemente también existe certeza tanto en el tiempo para su computo como en la suma que le corresponde a la administración municipal por esa carga prestacional con el demandante.** Entonces, pese a que no hay efectivo pago de aquel cálculo actuarial, en el sentido de la existencia del desembolso directo del dinero a las cuentas de COLPENSIONES, ello no es óbice para el reconocimiento pensional reclamado, **pues existe un bono pensional representativo del valor por tal concepto, el cual puede ser reclamado por COLPENSIONES en los términos**

del artículo 51 de la Ley 863 de 2001 y el artículo 18 del Decreto 4105 de 2004, los cuales rezan:

- Ley 863 de 2001.

ARTÍCULO 51. Para el cubrimiento de las obligaciones por concepto de bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales, **los entes territoriales podrán utilizar hasta el cincuenta por ciento (50%) del saldo disponible en la cuenta del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, creado por la Ley 549 de 1999, aun cuando la reserva constituida no haya alcanzado el ciento por ciento (100%) del pasivo pensional.** Conforme al reglamento que establezca el Gobierno Nacional, **estos recursos podrán transferirse directamente a las entidades administradoras en nombre de los entes territoriales emisores, previa autorización del representante legal respectivo.**

- Decreto 4105 de 2004.

CAPITULO V

Retiro de recursos para el pago de bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales

Artículo 18. Procedimiento. Para el retiro de recursos con destino al pago de bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales previsto en el artículo 51 de la Ley 863 de 2003 deberán cumplirse los siguientes requisitos:

18.1 La administradora de pensiones presentará la solicitud a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la cual deberá adjuntarse la aprobación del bono pensional o de la cuota parte por parte de la entidad territorial y la autorización del representante legal de la entidad territorial para realizar el pago con los recursos de Fonpet. La Oficina de Bonos Pensionales elaborará los formatos requeridos para estos efectos, en un plazo no superior a dos meses, contados a partir de la vigencia del presente decreto.

18.2 La Oficina de Bonos Pensionales verificará la liquidación del bono pensional o de la cuota parte y solicitará el pago al Fonpet con base en los cupos por entidad territorial y subcuenta suministrados por el Fonpet. El Fonpet determinará los cupos con base en el saldo de la cuenta de la entidad territorial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de este decreto.

18.3 El pago se realizará directamente por el Fonpet a la entidad administradora de pensiones en que se encuentre afiliado el beneficiario, previos los trámites presupuestales a que haya lugar por parte de la entidad territorial.

18.4 No podrá realizarse pago parcial de bonos pensionales o cuotas partes de bonos pensionales con recursos del Fonpet. Si el saldo en cuenta para retiros es insuficiente, Fonpet no realizará el pago solicitado.

Así las cosas, de conformidad con la normativa descrita, se tiene que al reposar en el expediente prueba que acredita la autorización expresa por parte del Municipio de Sampués, Sucre, a través de su representante legal – Alcalde Municipal -, manifestada en la Resolución No. 120 de marzo 4 de 2014, a COLPENSIONES para el cobro – retiro ante el FONPET del valor que constituye el BONO PENSIONAL, derivado del tiempo de cotización mientras el demandante estuvo vinculado en la administración municipal, **es menester que la entidad demandada COLPENSIONES realice los trámites administrativos pertinentes y eficaces ante el Ministerio de Hacienda y Crédito a fin de obtener los recursos, sin más dilaciones, con miras al efectivo reconocimiento pensional a favor del demandante.**

En ese orden de ideas, no es de recibo que COLPENSIONES niegue el derecho pensional del actor argumentando que no se ha efectuado el pago del cálculo actuarial por omisión del empleador, para el caso del Municipio de Sampués, Sucre, cuando evidentemente la administración de ese municipio certificó la existencia del bono pensional y autorizó el cobro de su valor a COLPENSIONES ante FONPET, siendo el deber de ésta, iniciar el procedimiento de retiro de recursos para el pago de bonos pensionales, regulado en el artículo 18 del Decreto 4105 de 2004.

En general no es aceptable para la Sala que la entidad demandada anteponga formalismos administrativos de orden presupuestal, cuando el actor en sede administrativa, al momento de solicitar el reconocimiento de su derecho pensional, probó la existencia del tiempo de cotización y su cómputo para efectos de acreditar el requisito de tiempo de servicio, mediante los certificados tipo CLEB – formatos 1, 2, y 3 (B) -, emitidos por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL y el MUNICIPIO DE SAMPUÉS, los cuales reposan en el expediente pensional tal como se evidencia en el CD de antecedentes administrativos, sumándose a que en su poder estaba la Resolución No. 120 de marzo 4 de 2014 expedida por el municipio en comento.

Por tanto, era deber de la administradora de pensiones, teniendo en su poder todas las pruebas que acreditan el tiempo de cotización y los responsables del pago de los bonos pensionales que financian la prestación reclamada por el accionante, proceder al reconocimiento de la pensión de jubilación a su favor, en los términos de la Ley 33 de 1985 aplicado en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 que

le asiste, máxime si se tiene en cuenta que a la fecha cuenta con 69 años de edad, lo que es necesario anteponer sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, entre otros, sobre requerimientos administrativos que entorpece y obstruye el goce del derecho pensional que sin duda es beneficiario. Y posteriormente, efectuar los respectivos cobros de los bonos pensionales o cuotas partes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público responsable del tiempo de cotización mientras estuvo vinculado en la Caja de Crédito Agrario y Minero, y ante el FONPET adscrito a ese mismo ministerio para el cobro del bono pensional expedido por el MUNICIPIO DE SAMPUÉS, SUCRE.

Debe adicionarse, que pese a que no se registraba en la historia laboral del demandante ante COLPENSIONES ninguna semana de cotización, tal como lo demuestra el formato de reporte de semanas, debe indicarse que aquel sí se encontraba afiliado a COLPENSIONES desde el 23 de abril de 2012, esto es, mucho antes de iniciar la actuación administrativa de reconocimiento pensional que produjo los actos administrativos que en esta ocasión se acusan, por lo que es competencia de COLPENSIONES asumir el reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante, de conformidad con lo estipulado en el numeral iii) literal b) del artículo 6º del Decreto 813 de 1994, que reza:

ARTICULO 6. TRANSICIÓN DE LAS PENSIONES DE VEJEZ O JUBILACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas.

a) Cuando a 1 de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público.

iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1 de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.

b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el gobierno nacional.

Habiéndose afiliado el actor al régimen de prima media, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin que se encontrara afiliado antes de esa fecha a la misma ni a ninguna caja de previsión social mientras estuvo vinculado en la Caja de Crédito Agrario y Minero, como lo advierte el Oficio No. 20113400301261 de fecha 8 de noviembre de 2011, obrante en el CD de antecedentes administrativos, le corresponde a COLPENSIONES asumir el pago del derecho pensional que en esta ocasión se reconoce al demandante, por la clara existencia de los requisitos legales para ello, especialmente, el tiempo de cotización cuyo cómputo es posible dada la existencia de los bonos pensionales expedidos por Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Municipio de Sampedra, Sucre.

En consideración a todo lo expuesto, dando respuesta a los planteamientos propuestos, se concluye que el señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, atendiendo los requisitos y monto (tasa de reemplazo) estipulados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, aplicable por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, cuya liquidación debe sujetarse al IBL derivado de los últimos diez (10) años de cotización antes del retiro del servicio, donde se incluyan los factores salariales devengados por el demandante y estén estipulados en el Decreto 1158 de 1994, que para el caso, es la asignación básica mensual percibida, obligación que tiene que ser asumida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por las razones ya anotadas.

En consecuencia, la Sala desecha los argumentos de la entidad demandada apelante, y confirmará el fallo apelado, excepto el numeral 2º, el cual será modificado en relación con la forma de liquidación del derecho pensional.

f. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a

la parte demandada apelante, y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo De Sucre administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL 2º del fallo de fecha 7 de marzo de 2018, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, el cual queda de la siguiente manera:

"SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a que reconozca y pague a favor del JAIRO RAMIRO REYES PADILLA la pensión de jubilación, a partir del 28 de abril de 2005, en cuantía derivada del 75% del ingreso base de liquidación, que será calculado con base en los últimos diez (10) años de cotización antes del retiro del servicio, donde se incluyan los factores salariales devengados por el demandante y estén estipulados en el Decreto 1158 de 1994, que para el caso, es la asignación básica mensual.

*Asimismo, SE ORDENA A COLPENSIONES a que, una vez haya reconocido y pagado el derecho a la pensión de jubilación a favor del señor JAIRO RAMIRO REYES PADILLA, inicie la actuación administrativa ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la expedición del bono pensional correspondiente al periodo laborado por el demandante en la Caja de Crédito Agrario y Minero según consta en los formatos CLEB que reposan en dicha entidad. De igual manera, efectúe el cobro del valor que constituye el bono pensional expedido por el Municipio de Sampués, Sucre, ante el **Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales – FONPET.***

Todo lo anterior, correspondiente a los servicios prestados en esas entidades y que no fueron objeto de aportes o cotización al sistema de pensión.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus demás partes la sentencia proferida el 7 de marzo de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, conforme las consideraciones expuestas en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, por el A quo, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

CUARTO: En firme ésta providencia, **DEVOLVER** el proceso al juzgado de origen, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Esta providencia se discutió y aprobó en sesión de la fecha, conforme consta en Acta 65.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado