

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-013-2015-00418-01
Demandante	PEDRO HERNÁNDEZ BAENA
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Tema	<i>Revoca – El demandante no tiene derecho a la reliquidación del IBL pensional con los factores devengados en el último año, por ser beneficiario del régimen de transición pensional – El art. 36 de la Ley 100/93 no incluye el IBL como parte del régimen de transición – Sentencia SU del 28 de agosto de 2018.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹, contra la sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena², mediante la cual se resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA³

3.1.1. Pretensiones⁴.

- PRIMERO: Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos, (i) Resolución No. 2991 del 28 de marzo de 2007, mediante la cual se reconoció pensión de vejez al demandante sin haber tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios prestados.
- (ii) Resolución No. 04110 del 06 de marzo de 2008, por la cual se ordena la inclusión en nómina y el pago de retroactivo, sin haber tenido en cuenta la

¹ Fols. 264 – 265 cdno 2 (63 – 64 exp. Digital)

² Fols. 248 – 263 cdno 2 (47 – 62 exp. Digital)

³ Fols. 2 – 11 cdno 1 (2 – 11 exp. Digital)

⁴ Fols. 2 – 3 cdno 1 (2 – 3 exp. Digital)



13001-33-33-013-2015-00418-01

- totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios prestados.
- (iii) Resolución GNR 296074 del 07 de noviembre de 2013, que negó la reliquidación de una pensión de vejez y;
 - (iv) Resolución No. VPB 12935 del 13 de febrero de 2015, mediante la cual se revocó la decisión anterior.

 - Segundo: Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, se le ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar la reliquidación de la primera mesada pensional, con la inclusión de todos los factores salariales que no fueron tenidos en cuenta al conformar el IBL, correspondientes a lo devengado entre el 11 de septiembre de 2006 al 10 de septiembre de 2007.

 - Tercero: Que se ordene a Colpensiones actualizar el promedio base de liquidación teniendo en cuenta que el último día laborado fue el 1 de septiembre de 2007, y el reconocimiento y pago de la primera mesada pensional se realizó en el 2008.

 - Cuarto: Que se condene a Colpensiones a pagar las diferencias dejadas de pagar desde el 10 de mayo de 2010, hasta la fecha en que se resuelva favorablemente esta demanda y las que se causen en adelante, así como los intereses moratorios causados por el pago tardío de las sumas de dinero reliquidadas.

 - Quinto: De manera subsidiaria, se ordene a Colpensiones que las sumas reconocidas sean pagadas de manera indexada

 - Sexto: Que se dé cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 192 y 195 del CPACA, que la condena sea actualizada de acuerdo al IPC, y se RECONOZCAN INTERESES MORATORIOS comerciales,

 - Séptimo: que se condene en costas, y en agencias en derechos a la parte demandada.

3.1.2. Hechos⁵.

La parte demandante expuso los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Relató que, mediante Resolución No. 2991 del 28 de marzo de 2017, el ISS le reconoció pensión de vejez conforme a la Ley 100 de 1993, con suspensión de la inclusión en nómina por encontrarse en servicio activo, luego, por medio de

⁵ Fols. 3 – 4 cdno 1 (3- 4 exp. Digital)



13001-33-33-013-2015-00418-01

la Resolución No. 04110 del 06 de marzo de 2008, se ordena su inclusión en nómina de pensionados a partir del 04 de septiembre de 2007.

Sostuvo que, la primera mesada correspondiente a la suma de \$7272.217.00, para el año 2007, sin embargo, el último salario promedio percibido para dicho año ascendió a la suma de \$1.212.445,37 por lo que este debió ser su IBL, correspondiéndole una pensión equivalente al 75% de este, por valor de \$909.334,03, como lo dispone el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, existiendo una diferencia de \$182.117,03 respecto de la cuantía reconocida. A su vez, señaló que percibió como factores salariales, el salario básico, la prima de alimentación, prima de servicios y rima de navidad.

Por último expuso que, el 23 de mayo de 2013, solicitó al reliquidación pensional ante Colpensiones, quien negó su pretensión mediante Resolución No. GNR 296074 del 07 de noviembre de 2013, decisión revocada por medio de la Resolución VPB 12935 del 13 de febrero de 2015, reconociendo que el régimen aplicable para la reliquidación era el dispuesto en la Ley 33 de 1985, no obstante, calcula el IBL con base en el artículo 1 de la Ley 100 de 1993, es decir, los últimos 10 años de servicios, y no conforme al último año, como lo establece la Ley 33 de 1985.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación⁶.

Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos atacados, invocó las siguientes: artículos 50 y subsiguientes del CCA, normas de las Leyes 33 y 62 de 1985, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1045 y Ley 720 de 1978, así como la sentencias 168 del 230 de abril de 1995 proferida pro al Corte Constitucional y la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 expedida por el H. Consejo de Estado.

Sustentó su inconformidad, bajo el argumento de que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que debe aplicársele las normas de la Ley 33 de 1985, es decir, por lo que el IBL de su pensión, debe estar conformado por los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, consistentes en asignación básica, prima de alimentación, de servicios y de navidad, devengados en el I periodo del 11 de septiembre de 2006 al 10 de septiembre de 2007. Si la entidad demandada para determinar el IBL tomó el promedio de los 10 últimos años de servicios, desconociendo el principio de favorabilidad y la aplicación de la norma más benévola al trabajador en materia laboral.

3.2. CONTESTACIÓN DE COLPENSIONES⁷.

⁶ Fols. 4 – 9 cdno 1 (4 – 9 exp. Digital)

⁷ Fols. 49 – 56 cdno 1 (49 – 58 exp. Digital)



13001-33-33-013-2015-00418-01

La entidad demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas en la demandada, manifestando que, mediante la Resolución No. VPB 12935 del 13 de febrero de 2015, se ordenó la reliquidación de una pensión de vejez en favor del actor, conforme a la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta 1.190 semanas cotizadas y un IBL de \$1.145.530, aplicando una tasa de remplazo del 75%, con el reconocimiento de un retroactivo por valor de \$956.758, ingresada en nómina dentro del periodo de febrero de 2014 y pagada en marzo del mismo año.

Alegó que conforme a la sentencia SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, se tiene que el IBL de las pensiones cobijadas por el régimen de transición, está determinado por la Ley 100 de 1993, bajo el entendido de que quienes al 01 de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para el cumplimiento de los requisitos, se guiara por lo establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la misma Ley, mientras que a aquellos que les faltare más de 10 años, estará sujeto a lo dispuesto en el artículo 21 ibidem. En conclusión, solo la edad, monto y semanas de cotización están sometidos al régimen de transición, y no el IBL el cual no tiene efectos ultractivos.

Posteriormente, precisó que los únicos factores salariales que deben ser tenidos en cuenta al momento de determinar el IBL son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre estos se hayan efectuado aportes al sistema de pensiones. Además, frente a la petición de actualización con el IPC, sostuvo que no era procedente según el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Como excepciones de mérito propuso las siguientes: i) prescripción de la acción; ii) inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir; iii) buena fe; iv) cobro de lo no debido y; v) las de carácter innominado o genérico.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸.

El A-quo dirimió la controversia sometida a su conocimiento accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 04110 del 06 de marzo de 2008 y VPB 12935 del 13 de febrero de 2015. Como sustento de su decisión, explicó que el actor era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dada su edad, y el Acto Legislativo 01 de 2005, por contar a la fecha de su entrada en vigencia con 1.086 semanas cotizadas.

En ese sentido, consideró que, le eran aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, los por lo que los factores que conforman el IBL no son taxativos, y corresponden que de forma permanente percibió el demandante en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio, y liquidado sobre el último salario devengado en dicho año según el Decreto 1848 de 1969. Al respecto aclaró que, de

⁸ Fols. 248 – 263 cdno 2 (47 – 62 exp. Digital)



13001-33-33-013-2015-00418-01

conformidad con la sentencia T-615 de 2016, los lineamientos dispuestos en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, para efectos de la conformación del IBL, no pueden desconocer los derechos adquiridos, y como quiera que el actor adquirió el status de pensionado el 10 de septiembre de 2007, con anterioridad al proferimiento de estas decisiones, no le son oponibles.

Seguidamente, reliquidó la pensión reconocida sobre el 75% del IBL, quedando la mesada en \$840.698,56, y determinó las diferencias a pagar. Adicionalmente, indicó que la reliquidación debió realizarse desde el 11 de septiembre de 2007, día siguiente al retiro definitivo del servicio, sin embargo, al haberse presentado la petición el 23 de mayo de 2013, en virtud del fenómeno de prescripción trienal, estaban prescritas las mesadas causadas entre el 11 de septiembre de 2007 al 22 de mayo de 2010.

En cuanto a la actualización del IBL, desde el 10 de septiembre de 2007 hasta el año en que se dispone el pago de la mesada, mediante Resolución No. 4110 del 06 de marzo de 2008, fue negada por haberse pagado el retroactivo pensional entre el 04 de septiembre de 2007 y el mes de abril de 2008, con indexación conforme al IPC.

Frente a la solicitud de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no accedió por estimar que no existieron pagos tardíos de las mesadas pensionales, por la razón anterior, pero sí ordenó el pago de las diferencias causadas a partir del 23 de mayo de 2018, conforme a la tabla de liquidación contenida en la misma decisión, las cuales debían ser indexadas.

Fielmente, se abstuvo de emitir pronunciamiento sobre la legalidad de las Resoluciones Nos. 2991 del 28 de marzo de 2007 y GNR 296074 del 07 de noviembre de 2013, por encontrar que frente a la primera no se agotó en debida forma la instancia administrativa, mediante la interposición de los recursos procedentes; y respecto de la segunda, esta había sido revocada por la Resolución No. VPB 12935 del 13 de febrero de 2015, es decir, que había salido del ordenamiento jurídico, no siendo objeto de revisión judicial..

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, ratificándose en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 09 de octubre de 2017¹⁰, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del

⁹ Fols. 264 – 265 cdno 1 (63 – 64 exp. Digital)

¹⁰ Fol. 2 cdno 3 (2 exp. Digital)



13001-33-33-013-2015-00418-01

recurso el 04 de marzo de 2021¹¹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión en la misma oportunidad.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.6.1 Parte demandada¹²: Colpensiones radicó escrito de alegatos reiterando los argumentos de la contestación de la demanda, agregando que su petición estaba sustentado en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, por el Consejo de Estado.

3.6.2 La parte demandante no se pronunció al respecto, y el Ministerio Público no presentó el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico que se debe resolver:

¿Tiene derecho el señor Pedro Hernández Baena, beneficiario del régimen de transición pensional, a que se le reliquide el IBL con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año antes de adquirir el status pensional, de conformidad con la Ley 33 de 1993, o por el contrario, debe atenderse a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

¹¹ Fol. 18 cdno 3 (18 exp. Digital)

¹² Fols. 25 – 26 cdno 3 (25 – 26 exp. Digital)



5.3 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, y en su lugar denegará las pretensiones de la misma, teniendo en cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993, por lo que su IBL debe calcularse teniendo en cuenta los factores devengados y cotizados a pensiones, durante los últimos 10 años de servicios o lo que le faltara al beneficiario para adquirir el status de pensionado, dado que el artículo 36 de dicha normativa no incluye el IBL como parte del régimen de transición, interpretación que fue fijada con el precedente jurisprudencial adoptado en la sentencia SU del 28 de agosto de 2018, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Así mismo, determinó que los factores salariales a tener en cuenta deben ser los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, y sobre los cuales el demandante haya realizado las respectivas cotizaciones a pensiones.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Régimen contemplado en la Ley 33 y 62 de 1985.

De acuerdo con la Ley 33 de 1985, el régimen pensional de los empleados oficiales que adquirieran el derecho antes de la Ley 100/93 era el siguiente:

*Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya **servido veinte (20) años** continuos o discontinuos y llegue a **la edad de cincuenta y cinco (55)** tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al **setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.***

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)*

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

En cuanto a los factores que debían servir para determinar la base de liquidación de los aportes se determinó en el artículo 3º de la Ley 33/85; sin embargo, dicha disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que respecto a los elementos salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, estableció:



13001-33-33-013-2015-00418-01

“ARTÍCULO 1. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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

En suma, quienes accedieran a la pensión de jubilación al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, tendrían derecho a que se les liquidara la misma con fundamento en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3° de la misma ley, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

5.4.2 Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

A través de la Ley 100 de 1993, se crea para los habitantes del territorio colombiano, el sistema de seguridad social integral, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991. Dicha norma, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual señala que: *“la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad sin son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley...”*.

Como se desprende de la norma transcrita, quienes para el 1° de abril de 1994, término de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

De igual forma, el inciso tercero de la norma en cita estableció que *“el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será*



13001-33-33-013-2015-00418-01

el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

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

5.4.3 Régimen de transición: concepto de monto aplicable y factores salariales para liquidar las mesadas pensionales.

En cuanto a la aplicación que debía dársele al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que debían ser incluidos en la pensión, se dieron diversas interpretaciones, por lo que el Consejo de Estado se vio en la necesidad de unificar el criterio a seguir en estos eventos. El primer pronunciamiento unificado se dio a través de la sentencia de agosto de 2010 expuso¹³:

*“la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados. (...) como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición **es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación** y así lo solicitó en la demanda.*

*(...) respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, (...) **la Sala, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**”.*

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de **28 de agosto de 2018**, dentro del proceso seguido por Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra CAJANAL en Liquidación, dentro del radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, sostuvo:

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

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA



13001-33-33-013-2015-00418-01

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

95. (...)

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

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

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

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Probados



13001-33-33-013-2015-00418-01

- Cédula de ciudadanía del señor Pedro Hernández Baena, en donde se avizora que nació el 18 de enero de 1938, por lo que cumplió los 55 años de edad en 1988, y para la fecha cuenta con 84 años¹⁴.
- Petición presentada el 10 de mayo de 2013 ante Colpensiones, mediante la cual se solicita la reliquidación pensional con la aplicación del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, con base en el 75% de lo percibido durante el último año de servicios¹⁵.
- Resolución No. 2991 del 28 de marzo de 2007, por medio de la cual se reconoce pensión de jubilación en favor del demandante, con suspensión de la inclusión en nómina de la prestación, hasta tanto el asegurado no demuestre en debida forma el retiro del servicio o la desafiliación del sistema¹⁶.
- Resolución No. 04110 del 06 de marzo de 2008, a través de la cual se modifica la Resolución No. 2991 de 2007, se ordena la inclusión en nómina de la prestación reconocida al actor, y el reconocimiento y pago de un retroactivo en su favor¹⁷.
- Resolución No. GNR 296074 del 07 de noviembre de 2013, por la cual se niega el reconocimiento y pago de una reliquidación pensional¹⁸.
- Recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la decisión anterior, en fecha 05 de febrero de 2015¹⁹.
- Resolución No. VPB 12935 del 13 de febrero de 2015, mediante la cual se resuelve el recurso antes indicado y se revoca la Resolución No. GNR 296074 del 07 de noviembre de 2013, y en su lugar, reliquida la pensión de vejez del demandante, tomando como IBL lo percibido durante los últimos 10 años de servicios prestados ²⁰.
- Certificado laboral No. 128 del 13 de diciembre de 2004, expedido por el Coordinador de Área de Secretaría de Talento Humano de la Gobernación de Bolívar, en donde se hace constar que el demandante prestó sus servicios a la entidad territorial en el cargo de auxiliar desde el 11 de junio de 1984 hasta la fecha, habiendo efectuado aportes a Cajanal desde el 11-06-1984 al 30-06-1995²¹.

¹⁴ Fol. 13 cdno 1 (13 exp. Digital)

¹⁵ Fols. 14 – 18 cdno 1 (14 – 18 exp. Digital)

¹⁶ Fols. 19 – 22 y 104 – 107 cdno 1 (19 – 22 y 102 – 105 exp. Digital)

¹⁷ Fols. 23 – 25 cdno 1 y 218 – 220 cdno 2 (23 – 25 y 18 – 20 exp. Digital)

¹⁸ Fols. 29 – 31 cdno 1 (29 – 31 exp. Digital)

¹⁹ Fols. 32 – 37 cdno 1 (32 – 37 exp. Digital)

²⁰ Fols. 39 – 42 cdno 1 (39 – 42 exp. Digital)

²¹ Fols. 84 – 87 cdno 1 (82 – 85 exp. Digital)



13001-33-33-013-2015-00418-01

- Certificado de factores salariales devengados por el accionante dentro del último año de servicios, comprendido entre septiembre de 2006 a septiembre de 2007, y las diferencias causadas entre la mesada reconocida y la reliquidación efectuada, expedido por la Gobernación de Bolívar, el 06 de junio de 2012²².
- Relación de los aportes a pensiones efectuados al ISS, en donde se avizoran cotizaciones durante los siguientes periodos y respecto de los empleadores que se pasan a indicar: Manlio Correa Duran 12-2001, Atunes de Colombia S.A., 10-1997, y Gobernación de Bolívar 07-1995 a 09-2007²³.
- Certificado de tiempos cotizados, en el que se hace constar que Cajanal recibió aportes de la Gobernación de Bolívar desde el 11-06-1984 al 30-06-1995, y al ISS desde el 01-07-1995 al 10-09-2007²⁴.
- Expediente administrativo del señor Pedro Hernández Baena²⁵.

5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el presente asunto, el señor Pedro Hernández Baena, pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 2991 del 28 de marzo de 2007, No. 04110 del 06 de marzo de 2008, No. GNR 296074 del 07 de noviembre de 2013, y No. VPB 12935 del 13 de febrero de 2015, bajo el argumento de que, si bien estas reconocieron pensión de vejez en su favor, y ordenaron su reliquidación, no tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios prestados.

La A-quo, accedió parcialmente a las pretensiones, al considerar que el actor era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dada su edad, y del Acto Legislativo 01 de 2005, siéndole aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, por lo que los factores que conforman el IBL no son taxativos, y corresponden a aquellos que de forma permanente percibió el demandante en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio, liquidado sobre el último salario devengado en dicho año, según el Decreto 1848 de 1969. Al respecto aclaró que, de conformidad con la sentencia T-615 de 2016, los lineamientos dispuestos en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, para efectos de la conformación del IBL, no pueden desconocer los derechos adquiridos, y como quiera que el actor adquirió el status de pensionado el 10 de septiembre de 2007, con anterioridad al proferimiento de estas decisiones, no le son oponibles.

²² Fols. 26 – 28 cdno 1 (26 – 28 exp. Digital)

²³ Fols. 117 – 131 (115 - 129 cdno 1 exp. Digital)

²⁴ Fol. 192 cdno 1 (190 exp. Digital)

²⁵ Fols. 69 cdno 1 – 235 cdno 2 (69 – 35 exp. Digital)



13001-33-33-013-2015-00418-01

Por su parte, la entidad demandada, recurrió la decisión argumentando que de conformidad con la sentencia SU 230 de 2015, el IBL de las pensiones cobijadas por el régimen de transición, está determinado por la Ley 100 de 1993, bajo el entendido de que quienes al 01 de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para el cumplimiento de los requisitos, se guíara por lo establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la misma Ley, mientras que a aquellos que les faltare más de 10 años, estará sujeto a lo dispuesto en el artículo 21 ibidem. En conclusión, solo la edad, monto y semanas de cotización están sometidos al régimen de transición, y no el IBL el cual no tiene efectos ultractivos. Adicionalmente, señaló que los únicos factores salariales que deben ser tenidos en cuenta al momento de determinar el IBL son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre estos se hayan efectuado aportes a pensiones.

En razón de lo anterior, resulta claro que el problema jurídico que debe resolver esta Sala se circunscribe a determinar si el demandante, como beneficiario del régimen de transición pensional, tiene derecho a que se le reliquide el IBL con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año antes de adquirir el status pensional, de conformidad con la Ley 33 de 1993, o por el contrario, debe atenderse a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, atendiendo al siguiente orden:

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

En primer lugar, se precisa que, el caso concreto debe estudiarse atendiendo a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, como quiera que la misma determinó que, la Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que *“las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”*.

En ese sentido, expuso que la sentencia tiene una aplicación retrospectiva, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en ese 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. Bajo esa perspectiva, procederá la Sala a realizar el estudio de las pretensiones del accionante, a la luz de lo establecido en la sentencia de unificación antes citada.



13001-33-33-013-2015-00418-01

Así las cosas, se tiene que, según la cédula de ciudadanía aportada al proceso, el señor Pedro Hernández Baena, nació el 18 de enero de 1938, por lo que **cumplió los 55 años de edad en 1988**. De igual forma, está demostrado que el actor laboró como auxiliar administrativo de la Secretaria del Talento Humano asignada a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar, en el periodo comprendido entre el 11 de junio de 1984 hasta el 10 de septiembre de 2007²⁶, sin interrupción, es decir, que cumplió **los 20 años de servicio el 11 de junio de 2004**.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que, el accionante es beneficiario del régimen de transición, puesto que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93 (30 de junio de 1995²⁷) contaba con 57 años, edad que supera los 40 años previstos por la norma.

Atendiendo el cumplimiento de estos requisitos, el ISS le reconoció una pensión de jubilación mediante Resolución No. 2991 del 28 de marzo de 2007, con una mesada de \$687.656, que correspondía a 1045 semanas cotizadas un IBL de \$916.875, al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 75%, quedando suspendida su inclusión en nómina hasta que el actor acreditara el retiro efectivo del servicio. Luego, mediante Resolución No. 4110 del 06 de marzo de 2008, se dispone que la fecha a partir de la cual se hará efectivo el pago del derecho pensional corresponde al 04 de septiembre de 2007. Posteriormente, a través de la Resolución No. VPB del 13 de febrero de 2015, se ordenó la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo como IBL los últimos 10 años de servicios prestados.

Como quedó sentado en el marco normativo de esta providencia, según el último pronunciamiento del Consejo de Estado, para liquidar su pensión se debía tener en cuenta: la edad, el monto (75%) y el tiempo de servicios de la Ley 33 de 1985; no obstante, el IBL debe ser calculado sobre la base de lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así:

- i) A quien le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión (a la fecha en entrada en vigencia de la Ley 100/93), el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello.
- ii) O si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión

²⁶ Ultima fecha de cotización realizada.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de marzo de dos mil (2000) Radicación número: 1257 Actor: MINISTRO DEL INTERIOR ***"Para los servidores públicos del nivel territorial, el sistema entró en vigencia en la fecha que determinó la respectiva autoridad gubernamental, o, "a más tardar el 30 de junio de 1995"***



13001-33-33-013-2015-00418-01

Bajo ese entendido, queda claro para la Sala que no le asiste el derecho a actor para reclamar la reliquidación pensional con el IBL del último año de servicios, puesto que le es aplicable el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ello significa, según el precedente jurisprudencial mencionado, que el IBL debe ser calculado con base en los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus pensional, desde la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para el caso en concreto, entre la fecha de entrada en vigencia de la mencionada Ley y la fecha de adquisición del derecho, transcurrieron más de 10 años.

En el sub examine se tiene que, Colpensiones, por medio de la Resolución No. VPB 12935 del 13 de febrero de 2015, determinó que el IBL aplicable al accionante debía calcularse con base en el promedio de los factores salariales devengado o cotizado durante los últimos 10 años de servicio; con una tasa de remplazo del 75%, establecidos en la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, observa la Sala que existe una diferencia entre el tiempo utilizado por Colpensiones para calcular el IBL y el que verdaderamente le correspondía al actor, sin embargo, la Sala no hará pronunciamiento alguno frente a ello, por no ser éste el objeto de la demanda; pues lo que venía requiriendo el señor Hernández Baena era que se le aplicará el IBL, teniendo en cuenta el último año de servicio.

Así las cosas, concluye este Tribunal que no le asiste derecho el señor Pedro Hernández Baena, para reclamar la reliquidación de su pensión con fundamento en el último año de servicios, puesto que, tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, el IBL no es un concepto sujeto al régimen de transición

- **De los Factores salariales.**

En cuanto a los factores, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo sostiene que, solo es posible reconocer la pensión con la inclusión de los factores salariales sobre los cuales se hayan realizado aportes al sistema o, los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, que determina los factores sobre los cuales es obligatorio cotizar:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así: Base de cotización.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;



13001-33-33-013-2015-00418-01

- f) *La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) *La bonificación por servicios prestados"*

Conforme al certificado²⁸ emitido por la Gobernación de Bolívar, se tiene que el demandante, durante el periodo comprendido entre enero de 2006 a septiembre de 2007, devengó los siguientes factores: sueldo, prima de navidad, prima de alimentación y prima de servicios. Así las cosas, se observa que el demandante, en principio, solo tiene derecho a que se le reconozca como factores para liquidar su pensión, el sueldo básico, pues no demostró haber efectuado cotizaciones a pensiones sobre los demás emolumentos percibidos.

Ahora bien, revisada la Resolución No. VPB 12935 del 13 de febrero de 2015, que reliquidó la pensión del demandante, determinó que *"para obtener el ingreso base de liquidación de la presente prestación, se toman los factores salariales establecidos en el artículo 1 del decreto 1158 del 03 de junio de 1994, o los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993, según el caso"*, no obstante de su contenido no se extrae de manera concreta cuales fueron los factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión, por lo que se presume que se tuvo en cuenta el sueldo básico devengado por el actor.

Bajo ese entendido, al no estar demostrada la omisión en la inclusión de alguno de los factores salariales devengados por el demandante, se concluye que no le asiste razón en sus argumentos de reliquidación pensional.

Atendiendo a las razones expuestas con precedencia, esta Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados.

5.6 De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte demandante, sin embargo, en aplicación de los principios

²⁸ Fols. 26 – 28 cdno 1 (26 – 28 exp. Digital)



13001-33-33-013-2015-00418-01

de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, debido a que la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, fecha para la cual la presente acción se encontraba surtiendo la segunda instancia, por lo que no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

VI.- FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme con los motivos expuesto en esta providencia. En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

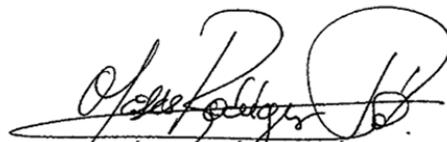
SEGUNDO: NO CONDENAR en costas por lo expuesto en esta providencia

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en los sistemas de radicación y registro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 028 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ