



13-001-33-33-009-2017-00114-01

Cartagena de Indias D. T. y C, Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicado</b>	13001-33-33-013-2018-00107-00
<b>Demandante</b>	Haydee María Jiménez de García
<b>Demandado</b>	COLPENSIONES
<b>Magistrado Ponente</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras
<b>Tema</b>	Reliquidación de pensión de vejez

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 26 de marzo de 2021, mediante la cual el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. LA DEMANDA (fs. 1 – 68 Doc. 01 “Demanda” del expediente digital).

#### a). Pretensiones.

*La demandante formuló las siguientes:*

*“1. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:*

*A. Resolución SUB 23456 de 27 de enero de 2018, por medio de la cual se resolvió reliquidar su pensión de vejez.*

*B. Resolución SUB 46860 de 24 de febrero de 2018, por medio de la cual Colpensiones resolvió un recurso de reposición y se confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 23456 de 24 de febrero de 2018.*

*C. Resolución DIR 4736 de 5 de marzo de 2018, por medio de la cual Colpensiones resuelve recurso de apelación y confirma en todas sus partes la Resolución No. SUB 23456 del 27 de enero de 2018.*

*A. Que, como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos, se restablezca en su derecho al actor condenado a la demanda:*

#### **PETICIONES PRINCIPALES**



13-001-33-33-009-2017-00114-01

**A.** A reliquidar al actor su pensión de jubilación a partir del 1 de diciembre de 2016 en cuantía del 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta o incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio: asignación básica y/o sueldo, prima técnica, prima alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación servicio, bonificación especial recreación, auxilio de transporte, prima de alimentación, horas extras y cualquier otro valor devengado que constituya factor salarial.

**B.** A establecer y pagar las diferencias pensionales que resulte de lo pagado como consecuencia del reconocimiento pensional y lo que deba pagar en el cumplimiento de la sentencia partir del 1 de diciembre de 2016.

**C.** A indexar todas las sumas reconocidas y a pagar.

**D:** A efectuar los reajustes automáticos de la Ley a que haya jugar a partir de la fecha de adquisición del derecho.

**E.** A ajustar el valor de las condenas con base en el índice del precio al consumidor artículo 187 CPACA (Ley 1437 de 2011) de conformidad los artículos 11, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y el principio de favorabilidad art. 53 C.N.

**F.** Al cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192, 194 Y 195 del CPACA (Ley1437 de 2011).

**G.** Al pago de las costas artículo 188 CPACA (Ley 1437 de 2011).

**PETICION SUBSIDIARIA:**

Como petición subsidiaria de la petición A: si no se accediera a la pretensión principal A le solicito se ordene a la demanda: reliquidar la pensión de jubilación de mi poderdante a partir de 1 de diciembre de 2016 aplicándole la Ley 33 de 1985( por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 ) y en concordancia con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar el IBL y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados: asignación básica y/o sueldo, prima técnica, prima alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación servicio, bonificación especial recreación, auxilio de transporte, prima de alimentación, horas extras y cualquier otro valor devengado que constituyan factor salarial debidamente actualizado anualmente con base en IPC. Y en una cuantía o monto del 75%.

Así mismo conceder las pretensiones de la B a la G"

**b). Hechos.**

Para sustentar sus pretensiones la demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Nació el 30 de septiembre de 1944 y laboró para la Gobernación del Departamento de Bolívar desde el 3 de agosto de 1976 hasta el 19 de enero de 1990 cuando fue incorporada a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, entidad ésta en la cual trabajó hasta el 30 de noviembre de 2016, para un total de 40 años, 3 meses y 28 días.



13-001-33-33-009-2017-00114-01

Cotizó en calidad de empleada pública inicialmente ante el Fondo de Previsión Social del Departamento de Bolívar, y posteriormente al Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones.

Mediante Resolución No. GNR 182703 del 21 de junio de 2016 Colpensiones le reconoció una pensión de vejez teniendo en cuenta la Ley 100 de 1993, porque a su juicio era más beneficiosa que la norma anterior, razón por la cual le aplicó una tasa de remplazo del 85%, quedando supeditado su ingreso a nómina de pensionado una vez acreditara el retiro definitivo del servicio.

Una vez acreditado el retiro Colpensiones, a través de Resolución GNR 342248 de 17 de noviembre de 2016, le reliquidó la pensión de vejez y ordenó la inclusión en nómina.

Mediante memorial de 11 de octubre de 2017 solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, por considerar que al ser beneficiaria del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 s su reconocimiento pensional se debió aplicar la Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía; por ello, el monto de la mesada corresponde al 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, siendo ello lo devengado entre el 1° de diciembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2016, tales como asignación básica, prima técnica, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación de recreación.

Como petición subsidiaria solicitó la reliquidación de conformidad con la Ley 33 de 1985, en concordancia con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar el IBL, es ello, el promedio de todos los factores devengados.

Mediante Resolución SUB 23456 de 27 de enero de 2018 Colpensiones negó la solicitud de reliquidación en los términos solicitados, la cual fue objeto de recurso de reposición y en subsidio de apelación; recursos éstos que fueron resueltos desfavorablemente a través de las Resoluciones SUB 46860 de 24 de febrero de 2018 y DIR 4736 de 5 de marzo de 2018.

### **c. Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante considera vulnerados los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994.



13-001-33-33-009-2017-00114-01

Adujo que existió vulneración de estas normas porque para reconocer y negar la reliquidación, la demandada aplicó la Ley 100 de 1993, desconociendo que era beneficiaria del régimen de transición de dicha ley, ya que al entrar en vigencia el sistema general de pensiones, tenía más de 52 años de edad y más de 17 años de servicio.

COLPENSIONES le aplicó la Ley 100 de 1993 porque consideró que esta le era más beneficiosa, sin tener en cuenta que se debía aplicar en forma íntegra la Ley 33 de 1985 y reconocer todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicio, prima de servicio, prima técnica, bonificación especial por recreación, sueldo de vacaciones, compensación de vacaciones, subsidio y/o prima de alimentación, prima o pago de antigüedad.

### **3.2. Contestaciones de la demanda (fs. 75 -115 Doc. 04 del expediente digital)**

COLPENSIONES contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, en resumen, con los siguientes argumentos:

Manifestó que la demandante en principio podía ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y, por tanto, a que se le aplique lo establecido en la Ley 33 de 1985, pero solo en lo relacionado con la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo, pero no IBL ni los factores que lo conforman.

Señaló que no es posible conceder la pretensión consistente en la liquidación del ingreso base, conforme el promedio de salarios devengados durante el último año de servicio, pues se debe atender lo previsto en la jurisprudencia vigente en la materia.

Indicó que a la demandante le fue aplicado el régimen pensional más favorable, dado que el porcentaje de la Ley 33 de 1985 (75%) es inferior al obtenido mediante la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 (85%), razón por la cual se desmejoraría la mesada pensional de entrar a atenderse las pretensiones de la parte actora.

Por último, adujo que, para efectos de determinar los factores salariales, solo deben tenerse en cuenta los consagrados en el Decreto 1158 de 1994, y para este efecto se tomaron los factores reportados en el formato CLEPBS No. 3, no siendo dable incluir nuevos factores.

### **3.3. Sentencia apelada (archivo 13 “Sentencia” del expediente digital)**

**Código: FCA - 008      Versión: 03      Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9



13-001-33-33-009-2017-00114-01

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 26 de marzo de 2021, accedió a las pretensiones de la demanda, así:

**"PRIMERO. DECLARAR** la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución SUB 23456 de 27 de enero de 2018, por medio de la cual se resolvió reliquidar su pensión de vejez.
- Resolución SUB 46860 de 24 de febrero de 2018, por medio de la cual Colpensiones resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución SUB 23456 de 27 de enero de 2018 y la confirmó en todas sus partes.
- Resolución DIR 4736 de 5 de marzo de 2018, por medio de la cual Colpensiones resuelve recurso de apelación y confirma en todas sus partes la Resolución No. SUB 23456 del 27 de enero de 2018.

**SEGUNDO. ORDENAR** a COLPENSIONES, como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho:

2.1. Reliquidar la pensión de vejez a favor de la señora Haydee María Jiménez de García, identificada con cédula de ciudadanía No. 33.143.139, a partir del 1 de diciembre de 2016, en cuantía equivalente para esa anualidad de \$1.280.704, que corresponde al 75% del ingreso base de liquidación de los 4 años y 3 meses que era el tiempo que le faltaba para adquirir el estatus pensional cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

2.2. Pagar las diferencias pensionales reconocidas debidamente indexadas dando aplicación al artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y por ende a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde:

- R, es valor presente.
- RH, es valor histórico, y corresponde a la diferencia generada entre la mesada liquidada y la pagada, desde el 1 de diciembre de 2016.
- Índice Inicial, es el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, partiendo del momento en que se hace exigible la obligación decretada, es ello desde el 1 de diciembre de 2016.
- Índice final, es el índice de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

2.3. A partir de la ejecutoria de la sentencia se causarán intereses en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A., y hasta el pago efectivo de las mismas.





13-001-33-33-009-2017-00114-01

2.4. *Dar cumplimiento a la sentencia en los términos que señala el artículo 192 del CPACA.*

**TERCERO. NO CONDENAR EN COSTAS** a COLPENSIONES conforme a lo indicado en el fallo. (...)"

Para sustentar su decisión, la Juez A-quo afirmó que la demandante demostró que a 22 de julio de 2005 contaba con 28 años, 11 meses y 19 días de servicio, lo cual equivale a 10429 días y, por lo tanto, a 1.489,86 semanas, haciéndola beneficiaria del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985.

Se probó que a 30 de junio de 1995, cuando entró en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones para los empleados de nivel territorial, a la señora Haydee María Jiménez de García le faltaban 4 años y 3 meses para cumplir con el requisito de edad, debiendo en consecuencia conformarse su ingreso base de liquidación con 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*, y en el caso concreto la demandante cotizó hasta el 30 de noviembre de 2016, razón por la cual su IBL estaba conformado con lo cotizado entre 30 de agosto de 2012 hasta dicha fecha.

Por lo anterior, se ordenó reliquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta el promedio del 75% de los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima técnica y bonificación por servicios prestados, de los últimos 4 años y 3 meses de servicio, lo cual aumenta la cuantía de la pensión al año 2016 en \$ 1.280.703, 69.

### **3.4. Recurso de apelación. (Doc. 15 del expediente digital).**

La parte accionada apeló la sentencia de primera instancia aduciendo, en resumen, lo siguiente:

El régimen de transición de que trata el artículo 36 de Ley 100 de 1993 permitía a sus beneficiarios la aplicación de la normativa anterior en lo relacionado con la edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; sin embargo, excluyó lo relacionado al IBL, razón por la cual no se pueden tener en cuenta todos los factores salariales devengados el último año de servicios, sino los establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y los últimos 10 años de servicio.

Transcribió la sentencia SU-395 de 2017 y adujo que le reconoció la pensión a la demandante, aplicando el régimen de transición y el principio de condición más

13-001-33-33-009-2017-00114-01

beneficiosa, aplicándole el derecho y la inclusión de los factores salariales consagrados en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993, además de aplicarle en la pensión una tasa de reemplazo del 85%, siendo esta una tasa más alta de la reconocida en la sentencia apelada.

Agregó que la sentencia objeto de apelación declaró la nulidad de los actos administrativos que negaban la reliquidación de la pensión, pero no tuvo en cuenta que la Resolución GNR 182703 de 21 de junio de 2016 reconoció la pensión de vejez a la demandante, estableciendo como IBL un valor de \$ 1.016.883 y aplicando una tasa de reemplazo del 85%, más alta que la considerada en el fallo apelado.

Con base en lo anterior, solicitó revocar la sentencia apelada.

#### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia, sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar en segunda instancia la decisión que en derecho corresponda.

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1. Competencia**

Es competente esta Corporación para conocer el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, por virtud del artículo 153 del CPACA, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

##### **5.2. Problema jurídico.**

Corresponde a la Sala establecer si COLPENSIONES logró demostrar en su recurso de apelación que la liquidación efectuada con base en la aplicación plena de la Ley 100/93 resulta más favorable a la demandante que la liquidación efectuada con base en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma ley.

##### **5.3. Tesis de la Sala.**

COLPENSIONES no desvirtuó la conclusión de que la liquidación efectuada con base en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93,



13-001-33-33-009-2017-00114-01

aplicado por la Juez a quo, arroja un monto inferior al que la que resulta de aplicación plena de la Ley 100/93, puesto que en el recurso no se expuso ningún argumento concreto que demostrara la existencia de algún error en las operaciones efectuadas en la sentencia apelada.

#### **5.4. Marco jurídico y jurisprudencial.**

##### **5.4.1. Sentido y alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.**

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, unificó su jurisprudencia en torno al modo en que debe interpretarse el artículo 36 de la Ley 100/93 que establece el régimen de transición y autoriza la aplicación de los regímenes pensionales previos a la misma, en los siguientes términos:

##### **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 **sub-reglas**:

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

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera sub-regla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron



13-001-33-33-009-2017-00114-01

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 1989<sup>1</sup>. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...) 96. **La segunda sub-regla** 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 sub-regla 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.

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 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

<sup>1</sup> 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 [...]”.



13-001-33-33-009-2017-00114-01

la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

La Sala prohija los criterios expuestos por la Corte Constitucional en los fallos reseñados y por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena de los Contencioso Administrativo, citado previamente, y los aplicará al caso concreto.

#### **5.4.3. El principio protector de la condición más beneficiosa, como criterio de interpretación en el análisis de casos concretos que involucren la protección del derecho a la seguridad social.**

Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición.

Con relación al tópico bajo estudio el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, radicado 2012-00143-01, señaló:



13-001-33-33-009-2017-00114-01

"[...] que la **"condición más beneficiosa"** para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla [...].

La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador"<sup>19</sup>.

61. De acuerdo con lo expuesto, la sentencia **C-168 de 1995** constituye un pronunciamiento jurisprudencial importante en materia de transición para precisar que algunos elementos del régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993 se extienden en el tiempo para aquellas personas que tienen una expectativa legítima de adquirir su pensión, eso sí con la opción de escoger la condición más beneficiosa para definir su derecho pensional, esto es, entre el régimen de transición y el régimen previsto en la Ley 100 de 1993.

62. Precisamente, sobre el principio de la condición más beneficiosa, la Corte Constitucional, en sentencia **C-596 de 1997**, declaró exequible la expresión "al cual se encuentren afiliados" contenida en el **inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, que consideró que no era violatoria de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

63. La Corte, en la sentencia C-596 de 1997, al analizar el sentido y alcance de la norma demandada, sobre el régimen de transición precisó que "Dicho beneficio consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se exigían en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley mencionada. Por lo tanto estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rigen por la nueva ley (la Ley 100 de 1993), sino por las disposiciones que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley. Las demás condiciones y requisitos, distintos de los mencionados, si se rigen por la referida Ley 100".

64. La Corte explicó que el beneficio estaba dado por la "**posibilidad de obtener la pensión**" según los requisitos del régimen pensional anterior, siempre y cuando estuvieran afiliados al mismo. Y al efecto consideró: "No podía ser de otra forma, porque de lo contrario, se pregunta la Corte: ¿Cuáles serían los requisitos o condiciones más favorables que se harían prevalecer frente a las exigencias de la nueva ley? Si la persona no estaba vinculada a ningún régimen pensional, no existía ni siquiera la expectativa de derecho a pensionarse según determinados requisitos [...] Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior"<sup>20</sup> (resalta la Sala).

65. Como corolario de lo anterior, es claro que las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, en virtud del principio de favorabilidad,





13-001-33-33-009-2017-00114-01

*al momento de consolidar su status pensional, pueden optar por un reconocimiento en las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (régimen de transición) o bajo los presupuestos de la pensión de vejez regulada en el Sistema General de Pensiones previstos en los artículos 33 y 34 en concordancia con el artículo 21 ibídem; el que le resulte más favorable."*

La Sala acogerá los criterios expuestos para decidir el sub lite.

## **5.5. Caso concreto**

### **5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.**

- Copia del certificado de 23 de agosto de 2018, mediante el cual el técnico de certificados de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, hace constar que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de servicios generales por 40 años, 3 meses y 28 días (f. 21 Doc. 01 "Demanda" del expediente digital).
- Resolución N° GNR 182703 del 21 de junio de 2016, por medio de la cual COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a la demandante, en cuantía de \$ 864.351 (fs. 24 – 26 ibídem).
- Resolución No. GNR 342248 del 17 de noviembre de 2016, por medio de la cual se ordenó la inclusión de la demandante en nómina y se le reliquidó la pensión en cuantía de \$ 873.035 (fs. 30 – 33 ibídem).
- Memorial de 11 de octubre de 2017, mediante el cual la demandante solicitó la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta la aplicación íntegra de la Ley 33/85 (fs. 34-38 ibídem).
- Certificado de salario mes a mes – formato 3 (b), suscrito por la Subdirectora de Talento Humano de Secretaría de Educación Distrital de Cartagena el 30 de mayo de 2017, en el cual consta que la demandante devengó y cotizó entre noviembre de 2007 y noviembre de 2016 sobre los siguientes factores salariales: asignación básica, prima técnica, bonificación por servicios prestados, prima de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de servicios, prima de servicios y bonificación por recreación (fs. 42-46 ibídem).
- Resolución SUB 23456 del 27 de enero de 2018, mediante la Colpensiones reliquidó la pensión de vejez de la demandante y aumentó la cuantía del año 2016 a \$ 875.113 (fs. 48 – 53 ibídem).





13-001-33-33-009-2017-00114-01

- Resolución SUB 46860 del 24 de febrero de 2018 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior (fs. 55 – 61 Doc. 01 "Demanda" del expediente digital).

- Resolución DIR 4736 del 5 de marzo de 2018, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución SUB 23456 del 27 de enero de 2018. (fs. 63 – 67 Doc. 01 "Demanda" del expediente digital).

### **5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

En el proceso está probado, y no es objeto de discusión en segunda instancia, que la demandante está amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93 y por ello, en principio, su pensión debió ser reconocida y liquidada teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo previstas en las Leyes 33 y 62 de 1985, y el ingreso base de liquidación previsto en la Ley 100/93, conformado por el promedio de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158/94, sobre los cuales se hubiera cotizado al sistema de seguridad social en pensiones. Lo anterior, teniendo en cuenta la interpretación que sobre el artículo 36 de Ley 100/93 efectuó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación examinada en el marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia.

También está probado que COLPENSIONES consideró, al momento de reconocer la pensión de la accionante, que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa debía aplicar plenamente la Ley 100/93, por considerar que convenía más a sus intereses que la aplicación del régimen de transición comentado, y por ello omitió aplicar las Leyes 33 y 62 de 1985.

En aplicación plena de la Ley 100/93 COLPENSIONES PROFIRIÓ la Resolución No. GNR 182703 del 21 de junio de 2016, liquidando la pensión de la demandante con una tasa de reemplazo del 85%, sobre un IBL conformado por el promedio de los factores salariales que durante los últimos 10 años de servicios cotizó al sistema de seguridad social en salud.

La Juez a quo demostró en primera instancia que la aplicación plena de la Ley 100/93, si bien conduce a reconocer una tasa de reemplazo del 85 %, éste recae sobre un IBL conformado por el promedio de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los diez últimos años de servicio; y que esa forma de liquidación genera una pensión cuyo monto es inferior al que la que resulta de aplicar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, que



13-001-33-33-009-2017-00114-01

autoriza considerar una tasa de reemplazo del 75% que, si bien es inferior al 85% previsto en la Ley 100/93, recae sobre una base de liquidación conformada por el promedio de los factores salariales sobre los que se hubiera cotizado durante el tiempo que faltaba para cumplir los requisitos para la pensión (4 años y 3 meses).

Al efectuar la liquidación con base en la Ley 100/93 la juez llegó a la conclusión de que la pensión ascendía a cuantía de \$ 864.351 al momento de la causación del derecho pensional; y que, al aplicar el régimen de transición en los términos descritos en la sentencia, la pensión ascendía a \$1.280.704.

El recurso de COLPENSIONES se limita a insistir que, por fijar una tasa de reemplazo del 85%, la aplicación plena de la Ley 100/93 conduce a un monto superior de la pensión de la demanda que la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma Ley, que solo autoriza una tasa de reemplazo del 75%, pero no apoya esa afirmación en argumentos concretos.

Considera este Tribunal que la única forma en que la apelación bajo estudio tendría posibilidades de prosperar es que COLPENSIONES hubiere demostrado que las conclusiones de la juez eran erradas; y ello debió hacerlo efectuando una liquidación con base en la Ley 100/93 que tuviera en cuenta todos sus elementos (edad, tiempo de servicios, tasa de reemplazo e ingreso base de liquidación), y que el resultado de esa liquidación pudiera ser confrontado con el que obtuvo la Juez a quo con base en el régimen de transición examinado previamente; cálculos y demostraciones que faltan de manera absoluta en el recurso de apelación.

Las afirmaciones vagas y genéricas del recurso resultan entonces insuficientes para desvirtuar la veracidad de las conclusiones de la Juez a quo, cuya decisión se mantendrá.

**- Condena en costas.**

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, procede condenarla en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor





13-001-33-33-009-2017-00114-01

de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

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

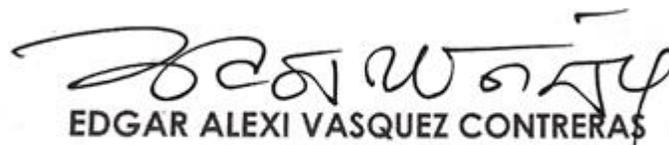
#### **VI.- FALLA**

**PRIMERO:** Se confirma la sentencia apelada.

**SEGUNDO:** Condenar en costas procesales en segunda instancia a la parte demandada, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

**TERCERO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS**

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ