



Cartagena de Indias, catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2015-00442-01
Demandante	CARLOS ARTURO PUELLO PUPO
Demandado	COLPENSIONES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – IBL - art. 36 de la Ley 100 de 1993 – Decreto 1158 de 1994 – Ley 33 de 1985 - inclusión de factores salariales- Revoca decisión

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, contra la sentencia del 1º de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor CARLOS ARTURO PUELLO PUPO, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, CARLOS ARTURO PUELLO PUPO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 1-15 Cdno 1





2.2. Pretensiones

"1.- Se declare la NULIDAD delos (sic) siguientes actos administrativos: la Resolución No. 0001226 del 23 de mayo de 2001, por medio de la cual se reconoce una Pensión de Vejez, la Resolución No. 018925 del 26 de Septiembre de 2008 en la que se modifica la fecha a partir de la cual se hizo efectivo el reconocimiento pensional y la resolución No. GNR 304596 de 1º de septiembre de 2014 por medio de la cual se niega una reliquidación pensional.

2.- Que como consecuencia de la declaración de nulidad se condene a título de restablecimiento del derecho a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reliquidar la pensión de vejez del señor CARLOS ARTURO PUELLO PUPO de conformidad a lo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, integrando su salario base de liquidación con los factores salariales devengados durante su último año de servicio siendo ellos: asignación mensual o sueldo, incremento por antigüedad, prima de navidad, incentivo por desempeño grupal, prima de vacaciones, bonificación por recreación y bonificación por servicios.

3.- Se condene a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar al señor CARLOS ARTURO PUELLO PUPO las mesadas retroactivas causadas y no pagadas desde la fecha en que se consolidó el derecho.

4.- Se condene a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a cancelar debidamente indexadas, las mesadas pensionales causadas, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor en los términos de los artículos 189 y 192 del C.C.A, (sic) ley 1437 de 2011.

5.- Se condene a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a cancelar al señor CARLOS ARTURO PUELLO PUPO las costas y agencias en derecho.

6.- Que se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente demanda, dentro de los términos de los artículos 189 y 192 del C.C.A., ley 1437 de 2011."

2.3. Hechos

El señor CARLOS ARTURO PUELLO PUPO, laboró al servicio de la Dirección de impuestos y Aduana Nacionales DIAN desde el 5 de abril de 1965 hasta el 30 de junio de 2008, fecha en la que alcanzó la edad de retiro forzoso.





13001-33-33-007-2015-00442-01

Que mediante Resolución No. 0001226 de mayo 23 de 2001, el ya extinto Instituto de Seguro Social ISS, reconoció el pago de la pensión de vejez al actor según lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el acuerdo 758 del mismo año. Sin embargo, bajo la Resolución No. 1971 del 14 de agosto de 2001, suspendió el pago de la mesada pensional por encontrarse el actor como funcionario activo de la DIAN.

Seguido, señala que mediante la Resolución No. 018925 de septiembre 26 de 2008 le fue reactivada la pensión al demandante a partir del 1 de julio de 2008, con una asignación mensual de \$ 1.077.779.

Que el 3 de marzo de 2014, el demandante solicitó la reliquidación de su pensión ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición puesto que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad y siendo servidor público, se le debió aplicar la Ley 33 de 1985 y liquidarse su primera mesada pensional con el promedio de los factores salariales devengados en su último año.

Por último, señaló que dicha entidad negó lo solicitado, mediante Resolución No. GNR 304596 de 1 de septiembre de 2014.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política, art. 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 83
- Ley 100 de 1993, art. 36 y 150
- Ley 33 de 1985, art. 1 y 3
- Ley 62 de 1985

2.4.1. Concepto de la violación

Expone el demandante, que COLPENSIONES al no expedir los actos acusados con la norma legal que regula su caso, es decir, otorgar su pensión de vejez conforme a la Ley 33 de 1985 como correspondía, atenta contra sus derechos fundamentales en materia de seguridad social.

Señala que el acto acusado viola flagrantemente el artículo 48 de la constitución, puesto que, COLPENSIONES debió aplicarle lo establecido en la Ley 33 de 1985 en cuanto al porcentaje de la pensión y el ingreso base de liquidación que corresponde a la totalidad de los factores salariales devengados en su último año de servicio. Indica también, que por ser





13001-33-33-007-2015-00442-01

beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 puesto que, a la entrada en vigencia de la misma tenía 40 años de edad, su pensión de vejez debía regirse por la legislación anterior y no bajo la aplicación que realizó la demandada.

2.5. Contestación de COLPENSIONES²

Por medio de escrito del 8 de marzo de 2016, el apoderado de la entidad accionada, contestó la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por lo cual solicita que se nieguen las mismas.

Afirma, que el actor adquirió el status bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, norma ésta que no introdujo un concepto de transición en cuanto a la forma como se debe liquidar la pensión por concepto de IBL; además, que el demandante le fueron aplicados los factores salariales que contempla el Decreto 1158 de 1994, los cuales constituyen los factores que hacen parte de la base cotización de la pensión, por lo tanto, son la base para reconocer la mesada pensional.

Sostiene, que al demandante le fue aplicado el régimen de transición como se encuentra definido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y la liquidación realizada, se encuentra ajustada a derecho, pues se le incluyeron los factores salariales que, de acuerdo con la Ley, deben ser tenidos en cuenta para el caso. En ese sentido, se tuvo en cuenta el Decreto 1158 de 1994 que indica cuáles son los factores salariales que hacen parte de la base cotización de la pensión, por lo tanto, son la base para reconocer la mesada pensional.

Igualmente, señala que en aplicación del principio de favorabilidad, la prestación reconocida al demandante se realizó conforme a la Ley 100 de 1993, puesto que, la tasa de reemplazo aplicada con dicha normatividad arrojó un 85% contrario al 75% que demanda la Ley 33 de 1985; a su vez, arguyó que en caso de aplicar en su totalidad la Ley 33 de 1985, la liquidación sería reconocido en los mismos términos, como quiera que respecto a la liquidación de pensiones según la Sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional, dicho concepto no hace parte del régimen de transición.

En ese sentido, es preciso reseñar que por varios años las administradoras públicas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (CAJANAL, ISS y CAPRECOM), han venido aplicando en sus decisiones administrativas, así como en las argumentos esbozados en la defensa judicial, el criterio de que el reconocimiento y la liquidación de las pensiones del régimen de transición se

² Folios 62-68 Cdno 1.





13001-33-33-007-2015-00442-01

realizaba únicamente respetando los beneficios de edad, tiempo y monto (entendido este último como el porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación para determinar el valor de la pensión) del régimen pensional de que era beneficiario el titular del derecho; por lo que la liquidación se realizaba conforme con lo establecido en el inciso 3 del citado artículo 36, es decir, con el tiempo que le hacía falta para cumplir el status pensional o con los últimos 10 años devengados, según fuese el caso, tomando como factores de liquidación, los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta que las cotizaciones al Sistema General de Pensiones se realizaban sobre estos emolumentos por disposición expresa, quedando excluidos de la base de cotización los demás factores que no se encontraban allí contemplados.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 1º de noviembre de 2016, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, dándole la razón a la parte demandante, en aplicación del precedente establecido por el H. Consejo de Estado, en su jurisprudencia.

Al respecto, el juzgador de primera instancia estimó que le asistía razón a la parte demandante a que se le reliquide su pensión, en virtud a que, como beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que es la norma que debe ser aplicada para efectos de calcular el monto de la pensión de jubilación. En ese orden de ideas, el Juez *A quo* dio aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, según la cual, las personas que sean beneficiarias del régimen de transición, del art. 36 de la Ley 100 de 1993, se les debe reliquidar la pensión para reconocerles el 75% de promedio de los devengado en el último año de servicios, con inclusión de todos los factores salariales.

Bajo ese entendido, al encontrar probado que la parte actora en este evento le era aplicable el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, ordenándose que se le reliquidara la pensión del señor CARLOS ARTURO PUELLO PUPO, con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, incluyéndose incremento por antigüedad, prima de navidad, incentivo por desempeño grupal, prima de vacaciones y sueldo de vacaciones. Declaró probada la excepción de prescripción, fijando los efectos fiscales de la sentencia a partir del 16 de abril de 2012.

³ Folio 84 - 97





IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 3 de noviembre de 2016, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, manifestando que uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993, fue buscar la unificación de los diferentes regímenes pensionales que existían con anterioridad a su vigencia, sin embargo, con el objeto de no afectar las situaciones próximas a consolidarse, se estableció un régimen de transición que permitiera la aplicación gradual del nuevo sistemas de pensiones.

Que la Ley 33 de 1985 determinó que el afiliado adquiere el derecho a una pensión conforme al artículo 1° de la norma citada, es decir, cuando haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, como efecto sucedió, pues el demandante adquirió su derecho a la pensión por contar con más de 1029 semanas cotizadas en el sector público. Sin embargo, arguye que, por principio de favorabilidad, la prestación reconocida fue bajo la Ley 100 de 1993 pues la tasa aplicada era superior al 75% ofrecida por la Ley 33.

Solicita se revoque la sentencia recurrida, manifestando que no le asiste el derecho al demandante, que se reliquide la mesada pensional en un 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por encontrarse en contradicción con el precedente reiterado de la Corte Constitucional, donde señala que el IBL no es un elemento del régimen de transición, por lo tanto el ingreso base de liquidación es el cotizado durante los ultimo 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, incluyendo solo los factores que taxativamente contemple la Ley.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta del 14 de marzo de 2017⁵ se repartió el proceso entre los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole a este despacho, por lo que, mediante providencia del 18 de agosto de 2017⁶, se dispuso la admisión de la apelación en este Tribunal; y, con auto del 4 de diciembre de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

⁴ Folios 104-105 Cdno 1.

⁵ Folio 2 C 2ª Instancia

⁶ Folio 4 C 2ª Instancia

⁷ Folio 8 C 2ª Instancia



VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: La parte accionante no presentó escrito de alegatos.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Esta entidad, presentó su escrito el 15 de diciembre de 2017, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y ratificándose en los argumentos del recurso y la contestación de la demanda.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. 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

7.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.3. Actos administrativos demandados.

Resolución No. 0001226-A de 23 mayo de 2001, por medio del cual se reconoce la pensión de vejez del demandante.

Resolución No. 018925 de 26 septiembre de 2008, por medio del cual se modifica la fecha a partir de la cual se hace efectivo el reconocimiento pensional.

Resolución No. GNR 304596 de 1º septiembre de 2014, por medio del cual la demandada negó la reliquidación pensional del demandante y ordenó el archivo.

⁸ Folios 10-11 C 2ª Instancia



7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, *¿Es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales, dando aplicación integra a la Ley 33 de 1985?*

A efectos de resolver el problema jurídico, la Sala entrará a determinar, *¿Si el ingreso base para liquidar la pensión del demandante es el previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo estima la entidad demandada, o el consagrado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, tal como se solicita en la demanda?*

7.5. Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, puesto que, la pensión del accionante goza del régimen de transición, contemplado en la Ley 100 de 1993, es decir, aplicación de la norma anterior, Ley 33 de 1985, sólo para efectos de edad, tiempo de servicio y tasa de remplazo (75%); pero, el ingreso base de liquidación, tal como se anotó en los actos acusados, se promedió, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios, es decir tomando lo reglado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que el IBL, no fue cobijado por dicha transición.

Bajo ese entendido, no es posible aplicarle al señor CARLOS ARTURO PUELLO PUPO, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele el régimen establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada bajo el principio de favorabilidad.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del *sub examine*, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) marco normativo y jurisprudencial régimen de transición; (ii) el caso concreto y (iii) conclusión.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:



7.6.1. Principios.

Se tendrán en cuenta los siguientes principios: i) igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones análogas a partir de la Unificación de la jurisprudencia de las altas Cortes; (ii) seguridad jurídica, (iii) rigor judicial y coherencia en el sistema jurídico. Con fundamento en ellos, realiza la subsunción del asunto en el precedente contenido en las Sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-631 de 2017, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017; el que a su vez, concuerda en lo fundamental, con la decisión reciente de Unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018. Ambas Corporaciones, recalcaron que, a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación se calcula con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem y los factores a tener en cuenta son aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema de Pensiones.

7.6.2. Beneficiarios de la aplicación de la Ley 33 de 1985.

Para quienes consoliden la situación jurídica y adquieran el derecho a gozar de la pensión de jubilación bajo las reglas previstas en la Ley 33 de 1985, la Ley 100 de 1993, en su artículo 11⁹ dispuso que se respetará el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior. Dicha norma fue declarada exequible¹⁰ por la Corte Constitucional.

Respecto a los factores **salariales** que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la mesada pensional de las personas cobijadas bajo **el régimen de la Ley 33 de 1985**, la Sala acoge como fuente de derecho la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018 que fijó, entre otras reglas, el siguiente criterio de interpretación:

Son todos aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema General de Pensiones en el último año de servicios y no sobre los efectivamente devengados.

⁹ Art. 11: " El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente Ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.
Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes."

¹⁰ Declarado exequible mediante sentencia C-168/95 en el aparte demandado: "Para quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos los órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general."



Expresamente, el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación lo señaló en los siguientes términos:

"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.

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 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



13001-33-33-007-2015-00442-01

bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema".

Esta interpretación concuerda con lo previsto en el artículo 3º de la Ley 33 Modificado por la Ley 62 de 1985 el que dispone:

"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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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."

7.6.3. Beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de su pensión, se rige por las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo.

La Sala, con relación a las personas que adquirieron el estatus jurídico de pensionados en vigencia de la Ley 100 de 1993, les respetará el tiempo de servicio y monto que estableció el Artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pero en cuanto a la liquidación del IBL aplicará la regla y subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales¹¹. La misma Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos "[...] a todos los casos pendientes de solución tanto en

¹¹ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: "[...] sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones [...]".



13001-33-33-007-2015-00442-01

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".

La regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue la siguiente:

"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".

La razón jurídica que sustenta la regla de interpretación y aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a los beneficiarios del régimen de transición, es la siguiente:

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

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

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

[...] 91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha Ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables. [...]"



13001-33-33-007-2015-00442-01

La primera **subregla** se refiere al **periodo** para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:

"[...]

- 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.[...]"

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".

Sobre los factores, el **Decreto 1158 de 1994** enlista los siguientes factores a ser tenidos en cuenta:

"**ARTICULO 1.** El artículo 6 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;



13001-33-33-007-2015-00442-01

7.6.4 Condición más beneficiosa entre la aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 ibídem.

La Sala también tendrá en cuenta el principio de la condición más beneficiosa en materia laboral, en consideración a que el artículo 36 de la Ley 100, fue declarado exequible¹² por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-168 de 1995¹³, con base en el principio del respeto de los derechos adquiridos y de la condición más beneficiosa en materia laboral.

Sobre el particular, en la referida sentencia, expresó:

"[...] Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la Ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'.

[...]

De otra parte, considera la Corte 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. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (Ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las

¹² Sentencia C-168 de 1995, Numeral segundo de la parte resolutive: "SEGUNDO: Declarar EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, salvo el aparte final de este último que dice: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos", el cual es INEXEQUIBLE".

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.



13001-33-33-007-2015-00442-01

normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. 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.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador [...]"

Conforme lo precedente, si el trabajador acoge la aplicación del artículo 21¹⁴ en su inciso final de que se liquide el IBL con fundamento en toda su vida laboral; siempre que hubiese cotizado más de 1250 semanas, debe renunciar al régimen de transición, porque la Ley 100 de 1993 se le debe aplicar en toda su integridad, esto es, el régimen ordinario de liquidación de la pensión de jubilación. (Art. 288 Constitucional)¹⁵.

7.7. Caso concreto.

7.7.1 Hechos relevantes probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Resolución No. 0001226-A del 23 de mayo de 2001 por medio de la cual se concedió pensión de vejez al señor CARLOS ARTURO PUELLO PUPO a partir de junio 30 de 2001. (Fls. 48 al 49 del Cdno 1)

¹⁴ El Artículo 21 de la Ley 100 de 1993 a la letra reza:

"Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta Ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado **durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión**, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo".

¹⁵ Ver en el mismo sentido la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.



13001-33-33-007-2015-00442-01

- El extinto INSTITUTO SEGURO SOCIAL -ISS a través de Resolución No. 018925 de 26 de septiembre de 2008, mediante la cual ordenó modificar la Resolución No. 0001226-A, estableciendo como fecha de causación el 1º de julio de 2008, en cuantía de \$1.077.779, equivalente al 85% del ingreso base de liquidación (Fl. 16 al 18 del Cdno 1).
- El actor, a través de apoderado, presentó petición ante COLPENSIONES, solicitando la reliquidación de su pensión (Fls. 22 al 26 del Cdno 1)
- COLPENSIONES expidió la Resolución No. GNR 304596 de 1º de septiembre de 2014, donde se niega la reliquidación de la prestación reconocida (Fls. 20 al 21 del Cdno 1).
- El Actor prestó sus servicios desde el 5 de abril de 1965 hasta el 30 de junio de 2008, tal como consta en el certificado de información laboral expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN (Fl. 32 del Cdno 1)

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

El caso objeto de análisis hace referencia a la reclamación que efectuó el actor a la entidad accionada para obtener la reliquidación de su pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, con un monto en el que se tome como promedio lo dispuesto en las reglas sobre el ingreso base de liquidación (IBL) de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 (Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985), incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios como: incremento por antigüedad, incentivo por desempeño grupal, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones.

El A quo en la sentencia, acogió la tesis de la parte accionante y declaró la nulidad de los actos acusados ordenando a COLPENSIONES reliquidar la pensión de vejez del actor incluyendo todos los factores anteriores, pero con efectos fiscales a partir del 16 de abril de 2012, por la prescripción trienal.

Esta Corporación, con el objeto de desatar el problema jurídico planteado, sea lo primero precisar, que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que significa que para el reconocimiento de su pensión, se aplican las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo¹⁶.

¹⁶ La entidad demandada así lo indicó en los actos de reconocimiento de la pensión y las partes lo aceptaron al definir la litis. No fue objeto de controversia en el asunto.





13001-33-33-007-2015-00442-01

No obstante lo precedente, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales como lo deprecia la parte actora en su demanda, porque al ser beneficiario del régimen de transición, adquirió el estatus pensional al cumplir la edad y el tiempo de servicios previsto en la Ley 33 de 1985, y el monto de su pensión corresponde al 75% (tasa de remplazo) sobre un ingreso de liquidación IBL equivalente al siguiente: *"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..."* (Inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993).

En efecto, en el siguiente cuadro se demuestra con los hechos probados de cara a la aplicación del régimen de transición para el reconocimiento pensional a su favor, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las reglas fijadas en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, para el reconocimiento de su pensión de vejez

Beneficio de la transición pensional (Artículo 36 de la Ley 100 de 1993)	A la entrada en vigencia de la Ley 100/93 tenía más de 40 años de edad, pues nació el 27 de enero de 1942 y 28 años, 11 meses y 26 días de servicio.		
Consolidación del Derecho (edad/55 años + tiempo de servicio o número de semanas cotizadas/20 años) Artículo 1 Ley 33 de 1985.	Edad	55 años	Adquirió el estatus el 27 de enero de 1997
	Tiempo de Servicio	20 años	
Vigencia de la Ley 100/93	1 abril de 1994	Fecha de ingreso: 5/04/1965	A la entrada en vigencia de la Ley 100/93 cumplía la edad de servicio pero le faltaban 2 años, 9 meses y 26 días para obtener el status
		Fecha de retiro: 30/06/2008	
Ingreso Base de Liquidación: Ley 100/93- (Art. 36 ibídem) Decreto 1158 de 1994.	Período	Promedio de los salarios cotizados entre el 01 de abril de 1994 y el 27 de enero de 1997 - (acto de reconocimiento)	
	Factores cotizados	Asignación básica, prima de antigüedad y bonificación de servicios prestados. Fl. 34-38	
Tasa de remplazo: Art. 34 Ley 100/1993	85% Reconocimiento		



13001-33-33-007-2015-00442-01

Que el demandante nació el 27 de enero de 1942, por tanto, es claro que cuando entró en vigencia el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, habiendo prestado sus servicios a entidades oficiales por más de 15 años, lo que significa que está amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; es decir, que su pensión de jubilación, en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto, pero entendiendo el monto solo en la tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

De acuerdo con lo anterior, el estatus jurídico de pensionado del actor, lo adquirió el día 27 de enero de 1997, en vigencia de la Ley 100 de 1993 razón por la cual la entidad respetó al reconocer la pensión de vejez la edad, el tiempo de servicio y el monto del 85% (tasa de reemplazo), liquidando el IBL con los factores efectivamente cotizados que corresponden asignación básica, prima de antigüedad y bonificación de servicios prestados.

Así mismo y con posterioridad, COLPENSIONES negó la reliquidación a la pensión mediante la Resolución GNR 304596 de 01 de septiembre de 2014, indicando que de acceder a ella, se desmejoraría la prestación del demandante.

Con base en todo lo precedente, la Sala concluye que el actor no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios como lo solicita en la demanda, porque al ser beneficiario del régimen de transición, adquirió el estatus pensional al cumplir la edad y el tiempo de servicios previsto en la Ley 33 de 1985, y el monto de su pensión, en aplicación del principio de favorabilidad corresponde al 85% (tasa de reemplazo) sobre el ingreso de liquidación IBL previsto según el caso en la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, observa la Sala que según la Resolución No. 018925 del 26 de septiembre de 2008 y en la contestación de la demanda, se indicó que el IBL utilizado para determinar el monto de la pensión fue el promediado dentro de los últimos diez años de servicio, en consonancia con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 cuando en realidad, se debía aplicar lo estipulado en el inciso 3 del artículo 36 de la denotada norma, es decir, el IBL correspondería al 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, puesto que, el demandante le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión.





13001-33-33-007-2015-00442-01

Sin embargo, dicho lo anterior, esta Corporación no puede entrar a revisar si le era más favorable al demandante tomar los últimos 10 años de servicio, los últimos dos años que le faltaban para pensionarse al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 o tiempo cotizado durante todo el tiempo de servicio, porque no cuenta con los elementos de juicio suficiente para su valoración y lo expuesto no era objeto de la pretensión de la demanda.

Por lo precedente, los argumentos de la alzada relacionados con la reliquidación de la pensión de vejez del actor, están llamados a prosperar y la sentencia de primera instancia habrá de ser revocada para en su lugar declarar que frente a los actos acusados no se desvirtuó la presunción de legalidad.

7.8. Conclusión

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, puesto que, al estar cobijada la pensión del accionante por el régimen de transición, contemplado en el inciso 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le fue aplicada la Ley 33 de 1985, para efectos de edad y tiempo de servicio; sin embargo, para efectos de la tasa de reemplazo, en aras de tomar lo más favorable para el actor, y en consonancia con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 correspondió a un 85%. Igualmente, debido a que el ingreso base de liquidación, no fue cobijado por dicha transición, se promedió, para todos los efectos bajo el régimen general de la Ley 100.

Bajo ese entendido, no es posible aplicarle al señor CARLOS ARTURO PUELLO PUPO, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele en materia de IBL lo establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

VIII.- COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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"*. 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 vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala



13001-33-33-007-2015-00442-01

se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia apelada de fecha 1 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En consecuencia, **NIEGANSÉ** las pretensiones elevadas por el señor CARLOS ARTURO PUELLO PUPO, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: No condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 37 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

ROBERTO CHAVARRO COLPAS (E)