



116/20

Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-006-2015-00079-01
Demandante	MARÍA PETRONA CASTILLEJO DE BUSTILLO
Demandado	COLPENSIONES
Tema	Reliquidación Pensión –Régimen de Transición – Inclusión de factores salariales-Trabajadora territorial/ Tasa de remplazo mayor al 75% (Ley 100 de 1993). Confirma.
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala de Decisión Fija N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)¹, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones. Se sintetizan así:

Se declare la nulidad del acto administrativo presunto negativo surgido en relación con la petición encaminada a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación; la nulidad del acto presunto configurado por la no resolución del recurso de apelación interpuesto contra el primero; y la nulidad de la resolución 14349 del 23 de noviembre de 2017, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación de la demandante.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita: i) reliquidar la pensión teniendo en cuenta para su cálculo el 75% del promedio de todo los factores devengados en el último año de servicios ii) se aplique la indexación sobre la suma adeudada iii) el reconocimiento y pago de los intereses moratorios; y iv) condenar costas a la demandada.

1.2 Hechos relevantes planteados

- 1.2.1 El Seguro Social, por medio de la Resolución 14349 del 23 de noviembre de 2007, reconoció a la accionante pensión de jubilación en cuantía de \$956.331, efectiva a partir del 30 de junio de 2007, sin indicar cuáles factores se tomaron en cuenta para liquidarla, pero salta a la vista que

¹ Folio 76-83





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

no se tuvieron en cuenta la totalidad de factores salariales pagados en el último año de servicios.

1.2.2 Solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión, por escrito radicado bajo el No. 2013-3790435; transcurridos más de 6 meses no tuvo respuesta alguna, por lo que procedió a interponer recurso de apelación contra el acto presunto negativo, mediante memorial allegado el 20 de enero de 2014.

1.2.3 En el último año de servicios, comprendido entre el 1 de julio de 2006 y el 30 de junio de 2007, devengó como factores salariales: **sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, bonificación por recreación y prima de navidad.**

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Constitución Política artículo 13 y 53.

Ley 100 de 1993 artículo 36.

Ley 33 de 1985 artículo 1.

Ley 62 de 1985 artículo 1.

Decreto 1160 de 1989 artículo 1.

Se aduce que la actora es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo cual su pensión de jubilación debió liquidarse con el promedio de factores de salario devengados en el último año de servicio.

Afirma que la entidad demandada descoció el precedente jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, según el cual es procedente incluir para determinar el IBL todos los factores devengados por el trabajador en el último año de servicio.

2. Contestación de la demanda²

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que en el caso de la actora aplicó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para liquidar la pensión de jubilación en cuanto al IBL, porque el mismo no fue objeto de transición, como bien lo ha venido recalcando la Corte Constitucional al señalar que este régimen solo cobijó **“los requisitos de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y tasas de remplazo, de lo que se deriva que el ingreso base de cotización no fue un aspecto sometido a transición”**.

Recalcó que los únicos factores salariales a tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994 siempre y cuando sobre los mismos se hubiesen efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

² Folios 45-52





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

Propuso las excepciones de prescripción de la acción, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la causa petendi, falta de derecho para pedir, buena fe, cobro de lo debido, genérica.

3. Fijación del litigio³

En la audiencia inicial celebrada el siete (7) de octubre de dos mil quince (2015), se fijó como litigio el siguiente:

Establecer si los actos acusados adolecen de nulidad por vulnerar las normas citadas por la actora y en ese orden determinar si es procedente la reliquidación de la pensión de la actora; desde cuándo y si han prescrito mesadas?

Las partes estuvieron de acuerdo; decisión que quedó debidamente ejecutoriada.

4. Sentencia de Primera Instancia⁴.

Mediante sentencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), la Juez Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, aplicando la interpretación fijada por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, conforme a la cual el IBL no es un aspecto de la transición, concluyendo que para calcularlo se debe seguir lo previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem.

Frente a los factores de salario a tener en cuenta en el caso concreto, concluyó que corresponden a los enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y en ese orden, lo pretendido por la parte actora no le resultaría favorable, por lo que debe mantenerse la legalidad de los actos acusados.

5. Recurso de apelación⁵.

La parte actora, discrepó con la decisión de primera instancia, afirmando concretamente que si bien la tasa de remplazo aplicada para liquidar la pensión de la demandante se determinó en un 79.07 %, la cual representa un porcentaje más favorable para la demandante que el contemplado en la ley 33 de 1985, el resultado final del monto de la mesada jubilaria está dado no tanto por dicha tasa de remplazo sino por el mayor IBL, al incluir dentro de éste factores salariales que no se habían tenido en cuenta en la liquidación primigenia.

Por ultimo acude al criterio fijado por el Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de febrero de 2016, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve,

³ Folios 63

⁴ Folios 76-83

⁵ Folio 90-103





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

para afirmar que la pensión de jubilación de la demandante debe reliquidarse aplicando de manera íntegra el régimen de transición e incluyendo los factores salariales que habitual y de forma periódica percibió en el último año de servicios.

5. Trámite procesal de segunda instancia.⁶

Mediante auto de fecha seis (6) de octubre de dos mil diecisiete (2017), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5.1 Alegatos de conclusión.

5.1.1 Parte demandada⁷.

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, al considerar que no le es posible pronunciarse respecto de la prestación solicitada, ante la ausencia del documento idóneo que certifique los aportes efectuados como funcionario de la Alcaldía Mayor de Cartagena, ya que en el expediente no se evidencian los formatos CLEBS, siendo estos necesarios para la entidad para poder realizar el estudio de reconocimiento pensional conforme a la ley 33 de 1985 y así determinar la procedencia de la reliquidación reconocida en los términos requeridos en la demanda.

5.1.2 Parte demandante.

Guardó silencio.

5.1.3 Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA.

Con respecto al trámite de la segunda instancia, se cumplió lo de Ley procediéndose a decidir la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal

⁶ Folio 108

⁷ Folios 111-112



Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

Administrativo es competente para conocer en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

La impugnación se limitará a los argumentos de inconformidad expuestos por el recurrente.

2. Problemas jurídicos

Para formular el problema jurídico a resolver en esta instancia, la Sala debe tener en cuenta los argumentos de impugnación de la parte actora que son los que limitan la competencia de este Tribunal, en aras de la prevalencia del principio fundamental de la no reformatio in peius, partiendo de afirmar que el único punto de controversia entre las partes, lo constituye el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez de la actora en cuanto a los factores a ser incluidos, porque se aceptó y probó en la primera instancia que es beneficiaria del régimen de transición.

En este orden, la impugnación de la sentencia se centró en que la A-quo negó la reliquidación de la pensión de vejez de la actora con la inclusión de todos los factores que devengó en el último año de servicio como lo solicitó en la demanda, y COLPENSIONES la liquidó conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993.

Por lo anterior, la Sala pasa a formular los siguientes problemas jurídicos principales y asociados.

¿La sentencia de primera instancia se debe confirmar, modificar y/o revocar?

Para resolver el anterior interrogante principal, se debe dilucidar:

¿Si la actora tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación incluyendo para tales efectos todos los factores devengados durante el último año de servicios?

3. Tesis

La sentencia de primera instancia se debe confirmar, porque la actora al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero no alcanzar el status de pensionada con antelación a su vigencia a nivel territorial, solo tiene derecho a beneficiarse de la aplicación de la edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo previstas en la Ley 33 de 1985. Respecto del IBL se aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem.

Por lo anterior, los factores de salario a ser incluidos en la liquidación de su pensión de vejez, serán solo los que sirvieron de base para efectuar las





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

cotizaciones al sistema general de pensiones en los términos previstos en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales demostró haber cotizado.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:

4.1 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.

4.2 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 11⁸ dispuso que se respetará el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior. Dicha norma fue declarada exequible⁹ 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

⁸ 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."

⁹ 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."





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

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.

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





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

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".

Esta interpretación concuerda con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, 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."

4.3 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 1 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 iguales¹⁰. La

¹⁰ 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





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

misma Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos "[...] 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".

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 periodo 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

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 [...]"





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

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. [...]"

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.



Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

- 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;

4.4 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 exequible¹¹ por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-168 de 1995¹², 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

¹¹ 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 faltare fuera 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".

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.



Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

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 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 prohiar la que resulte más favorable al trabajador [...]"

Conforme lo precedente, si el trabajador acoge la aplicación del artículo 21¹³ 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).

5. El caso concreto.

5.1 Hechos relevantes probados.

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

¹³ 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".





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

5.1.1 La demandante nació el 7 de mayo de 1950, como consta en su documento de identidad¹⁴, de tal manera que los 55 años de edad los cumplió el mismo día y mes del 2005.

5.1.2 En la Resolución 14349 de fecha 23 de noviembre de 2007, se estableció como fecha de causación del derecho pensional el 30 de junio de 2007.

5.1.3 Mediante Resolución No. 3692 del 18 de abril de 2007, el ISS le reconoció a la hoy demandante pensión mensual vitalicia de vejez teniendo en cuenta 1.699 semanas cotizadas, con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Para el IBL dio aplicación al artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, liquidando sobre el 79.07% del IBL en cuantía de \$1.237.944, el cual se determinó teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 1995 hasta el 29 de mayo de 2006, dejando en suspenso el ingreso a nomina la prestación hasta tanto se acreditara el retiro del servicio¹⁵.

5.1.4 Con Resolución No. 14349 del 23 de noviembre de 2007 (Fl. 26-28), COLPENSIONES modificó la resolución No. 3692 del 18 de abril de 2007, estableciendo como fecha de causación de la pensión de jubilación de vejez el 30 de junio de 2007 (fecha de retiro del servicio), teniendo en cuenta 1.756 semanas cotizadas, con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Para el IBL dio aplicación al artículo 21 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, liquidando sobre el 79.11% del IBL correspondiente a \$ 1.208.862.

5.1.5 La accionante estuvo al servicio de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, ocupando varios cargos desde el 24 de marzo de 1972 hasta el 30 de junio de 2007, según consta en la certificación expedida por la dirección administrativa de talento humano de la entidad antes mencionada (Fl.29).

5.1.6 Mediante petición radicada ante COLPENSIONES en fecha 6 de junio de 2013 (Fl. 15-18), la hoy demandante solicitó a dicha entidad con fundamento en la posición jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 rad. 25000-23-25-2006-07509-01(0112-2009) la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta el salario promedio devengado en el último año de servicio por ser beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Dentro del expediente administrativo aportado (Fl. 68), no obra respuesta a tal petición por parte de dicha entidad.

5.1.7 Mediante petición radicada enviada por correo certificado a COLPENSIONES en fecha 20 de enero de 2014 (Fl.19-25), el accionante interpuso recurso de apelación en contra del acto presente negativo configurado a partir de la petición radicada el 6 de junio de 2013.

¹⁴ CD obrante a folio 68 contentivo del expediente administrativo archivo CC-33151842 PDF No. GEN-RCN-AF-2015_4838175-20150529152054-29.

¹⁵ CD obrante a folio 68 contentivo del expediente administrativo archivo CC-33151842 PDF No. GRP-HPE-EV-CC-33151842-1 FL. 39-50.





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

5.5.7 La accionante devengó los siguientes emolumentos en los años 2006 y 2007 (Fl. 29 reverso):

SUELDO BÁSICO
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS
PRIMA DE VACACIONES
PRIMA DE NAVIDAD
BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN.

5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

El caso objeto de análisis hace referencia a la reclamación que efectuó la actora a la entidad accionada para obtener la reliquidación de su pensión de vejez como beneficiaria 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), incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios.

El A quo en la sentencia, acogió la tesis de la parte accionada y consideró que los actos acusados se debían mantener al resultar más favorables para la actora, pues se liquidó su pensión con una tasa de remplazo superior a la prevista en la Ley 33 de 1985.

Conforme este panorama, la Sala determinará si le asiste razón a la accionante de que, por encontrarse en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su pensión se debe liquidar con todos los factores devengados en el último año de servicios.

Para el efecto, lo primero que debe precisar la Sala es que, la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre lo cual no existió controversia durante el trámite de las instancias, 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, según la sentencia de Unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de fecha 28 de Agosto de 2018 que concuerda, en lo relevante, con el criterio jurisprudencial de la H. Corte Constitucional citada en el marco de esta providencia.

Por lo anterior, la Sala concluye que la actora, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales como lo deprecia en su demanda, porque al ser beneficiaria del régimen de transición y haber adquirido el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, tan solo se le debe respetar la Ley 33 de 1985, respecto de la

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.



Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

edad (55 años), el monto o la tasa de remplazo (75%) y el tiempo de servicios (20 años) o número de semanas cotizadas.

Sobre el ingreso base de liquidación o IBL, en su caso concreto, se aplica el inciso tercero del artículo 36 de Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 ibídem, esto es, con 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"*

En efecto, se tiene que el estatus jurídico de pensionada de la actora, lo adquirió el día 7 de mayo de 2005, en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el ISS en el acto de reconocimiento (Resolución No. 3962 del 18 de abril del 2007) respetó la edad, el tiempo de servicio pero el monto (tasa de reemplazo) aplicó el previsto en la Ley 100 de 1993 con el 79.07% del promedio de lo devengado entre el 20 de noviembre de 1995 hasta el 29 de mayo de 2006.

Así mismo y con posterioridad, COLPENSIONES modificó mediante la Resolución 14349 del 23 de noviembre de 2007 el acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación, dado que la actora continuó laborando, pero en este acto, aplicó una tasa de remplazo mayor, correspondiente al 79.11% del promedio de lo devengado entre el 20 de noviembre de 1995 y el 30 de junio de 2006, aplicando el artículo 21 de la ley 100 de 1993 en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la ley 797 de 2003.

Con base en todo lo precedente, la Sala concluye que la actora no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios como lo solicita en la demanda, porque al ser beneficiaria 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 reemplazo) sobre el ingreso de liquidación IBL previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en armonía con el artículo 21 ibídem.

Debe precisarse con relación a los factores salariales (prima de vacaciones, bonificación por recreación, prima de navidad) que pretende la actora se incluyan para efectos de engrosar el IBL de su pensión, que en el expediente no se acreditó la cotización respecto de los mismos al sistema de seguridad social en pensiones durante el lapso indicado en el ya mencionado artículo 21, como quiera que si bien, la demandante aportó certificado expedido por la Dirección Administrativa del Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias¹⁷, en éste sólo se enlistan los factores **devengados** durante el último año de servicios, pero no se probó los **cotizados** durante el término previsto en la norma que se aplica a su situación particular y concreta, esto es, la Ley 100 de 1993 (art. 36 inciso 3 en concordancia con el artículo 21) y conforme a los enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

¹⁷ Folio 29 reverso





Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

Por ultimo debe la Sala señalar que, COLPENSIONES mediante las resoluciones No. 3962 del 18 de abril del 2007 y 14349 del 23 de noviembre de 2007 aumentó la tasa de remplazo de la pensión a un 79.01% y 79.11% respectivamente. En ese orden, tal liquidación le resultó más favorable a la demandante, pues la tasa de remplazo es superior al 75% que contempla la Ley 33 de 1985.

Por lo precedente, los argumentos de la alzada no están llamados a prosperar, porque la entidad accionada aplicó una tasa de remplazo superior a la prevista en la Ley 33 de 1985 a la pensión de vejez de la actora y no resulta dable incluir factores salariales sobre los cuales no demostró haber efectuado los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

En suma, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

5.3 Condena en 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 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.

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: CONFIRMAR la sentencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN NO. 2
SENTENCIA No.131/2018

SIGCMA

Radicado: 13001-33-33-006-2015-00079-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

AUSENTE CON PERMISO
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-006-2015-00079-01
Demandante	MARÍA PATRONA CASTILLEJO DE BUSTILLO
Demandado	COLPENSIONES
Tema	Reliquidación Pensión –Régimen de Transición – Inclusión de factores salariales (diez años de servicios) Trabajadora territorial/ Tasa de remplazo mayor al 75% (Ley 100 de 1993). Confirma.
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

