



Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-012-2014-00163-01
Demandante	NORIS DEL CARMEN RUIZ DE BORRÉ
Demandado	COLPENSIONES
Tema	Reliquidación Pensión –Régimen de Transición – Inclusión de factores salariales (menos de diez años de servicios) Aplicación del Acuerdo 049 de 1990. 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 treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)¹, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones². Se sintetizan así:

Se declare la nulidad del acto ficto ocasionado por el silencio negativo de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 11 de marzo de 2011 y recibido y radicado por el ISS en liquidación Seccional Sucre el día 22 de marzo de 2011, a través del cual la demandante solicitó la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicio.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita: i) que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el momento en que adquirió su status de pensionada, es decir, desde el 1 de noviembre de 2001; ii) Colpensiones le reconozca la reliquidación de su pensión, de conformidad con la normatividad vigente al momento de adquirir su pensión; iii) Se paguen las sumas necesarias para hacer el ajuste de valor, conforme al IPC o al por mayor, tal como autoriza el artículo 178 del C.C.A.; iv) dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en la Ley 1437 de 2011.

¹ Folio 107 - 113

² Ver subsanación de la demanda a folios 35 – 36.



Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

1.2 Hechos relevantes planteados

1.2.1 La accionante prestó sus servicios al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- en el cargo de instructora, por más de 29 años de servicios.

1.2.2 Adquirió su status pensional el 1 de noviembre de 2001.

1.2.3 Mediante Resolución No. 003310 del 25 de octubre de 2011, el ISS reconoció la pensión de vejez a la demandante a partir del 1 de noviembre de 2001, con fundamento en 1299 semanas, con un Ingreso Base de Liquidación del 75% que arrojó la suma de: \$960.358, el cual fue calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

1.2.4 En el último año de servicios, (1999) la demandante devengó los siguientes factores salariales: subsidio de alimentación, gastos de transporte, prima de servicios de junio, prima de diciembre, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, por lo que considera que su mesada pensional debió ser de \$2.400.860 y no de \$864.322.

1.2.5 El 22 de marzo de 2011, la actora solicitó ante el SENA, la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta para ello el promedio de lo devengado durante el último año de servicios, sin que se le hubiera dado respuesta dentro de los tres meses siguientes.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad

Artículos 2, 6, 13, 25 y 58 de la Constitución Política

Artículo 1 Ley 33 de 1985

Artículo 36 Ley 100 de 1993

Artículos 38, 64, 155, 161, 162, 165 y 166 de la Ley 1437 de 2011

Artículos 16, 21, 64, 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Artículos 5, 50 y 74 del Código de Procedimiento Laboral

En la demanda, el actor no es claro en precisar el concepto de la violación de las anteriores normas, dado que se limita a efectuar un análisis general sobre el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando la norma que excluye de su aplicación a quienes se trasladen del REGIMEN DE PRIMA MEDIA –RPM al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL –RAI, ni para los que habiendo escogido este último se cambien al RPM, a menos que el capital ahorra en la cuenta individual descontando el bono pensional, no sea inferior al monto de las cotizaciones correspondientes en caso de haber permanecido en el RPM administrado por el ISS.

De la interpretación del acápite denominado CONCEPTO DE VIOLACIÓN, con los acápites de hechos y pretensiones, se deduce que busca la reliquidación de la pensión de la demandante con fundamento en el Artículo 1 de la Ley 33 de 1985 al considerar que es el régimen anterior que gobierna su caso, para





Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

que se liquide la pensión con todos los factores devengados en el último año de servicios.

2. Contestación de la demanda³

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que las mismas carecen de cualquier fundamento de orden legal y fáctico. Al respecto, expuso que de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aquellas personas que al 1 de abril de 1994 cumplían alguna de las dos condiciones dispuestas por la norma (edad o tiempo de servicio cotizado), tienen derecho a que, para el reconocimiento de la pensión de vejez, se les tengan en cuenta los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión establecidos en las disposiciones que se les venían aplicando, que podía ser el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 o el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

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 no debido y la genérica.

3. Fijación del litigio⁴

En la audiencia inicial celebrada el veintiuno (21) de agosto de dos mil quince (2015), se fijó como litigio el siguiente:

Determinar si la demandante tiene derecho a que se le re liquide su pensión de vejez, en cuantía equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales devengados en ese periodo.

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

4. Sentencia de Primera Instancia⁵

Mediante sentencia de fecha 31 de marzo de 2016, el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda, por considerar que en el acto de reconocimiento pensional se acepta que la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se indicó que el régimen pensional aplicable a la actora es el previsto en el Acuerdo 049 de 1990.

Explicó que, en atención a que la actora cumplió su tiempo laboral en el sector público, en principio, el régimen anterior que le es aplicable es el contenido en la Ley 33 de 1985, que establece como requisitos veinte (20) años de servicios y cincuenta y cinco (55) años de edad, y un monto equivalente al 75% del

³ Folios 57 – 62.

⁴ Folios 82 – 83.

⁵ Folios 107 – 113.





Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. Sin embargo, al tratarse de una pensión compartida con el SENA, el régimen jurídico que gobierna su situación pensional es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, tal como se estableció en la Resolución No. 3310 del 25 de octubre de 2001.

Concluyó que, al ser la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, que en este caso corresponde al Acuerdo 049 de 1990, no era procedente acceder a las pretensiones de la demanda, ya que las mismas están sustentadas en el cálculo del Ingreso Base de Liquidación según lo consagrado en la Ley 33 de 1985, que no resulta aplicable a la demandante.

5. Recurso de apelación⁶

La parte actora discrepó con la decisión de primera instancia, por considerar que lo que se pretende es la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, en los términos de la Ley 33 de 1985 y la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, pero en ningún momento se discute si el reconocimiento de su pensión se fundamentó en el Acuerdo 049 de 1990, ni se cuestiona si hubo o no equivocación por parte de la entidad al momento de reconocerle la pensión de vejez al aplicar la normatividad vigente, pues ello es materia de otra demanda. Insiste en que, lo que se está debatiendo en este caso, es si la entidad demandada al momento de reconocerle la pensión a la actora dejó por fuera algunos factores salariales por ella devengados en el último año de servicios.

Sostuvo que, la juez de primera instancia violó normas legales y constitucionales al proferir el fallo, por cuanto, no tuvo en cuenta que la demandante pertenece a los empleados del sector salud y beneficiaria del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y por lo tanto, le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985.

Indicó además que, la Juez está conminado a solucionar los vicios formales que se aprecien al momento del fallo y que no fueron advertidos en etapa anterior, ello en virtud del principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal, por lo que considera debe establecerse, a la luz de las normas jurídicas aplicables al caso, cuáles son los factores salariales que debieron incluirse en la liquidación de la pensión de la actora, en aras de garantizar los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso.

En ese sentido, concluyó que para el caso de la demandante, los requisitos para acceder a la pensión, el monto de la misma y el IBL a considerar, son los señalados en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 y vigentes para el sector salud consagradas en el Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969, 71 de 1988, 758 de 1990 dependiente de las circunstancias que rodeen el caso pensional.

⁶ Folio 116 – 129.





Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

En todo caso, tales factores son los devengados durante el último año de servicios, para lo cual se debe tener en cuenta que los mismos no son taxativos sino meramente enunciativos como lo precisó el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010.

Solicitó aplicar la condición más beneficiosa según lo prevé el artículo 53 Constitucional.

5. Trámite procesal de segunda instancia⁷

Mediante auto de fecha doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016), 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 demandante⁸

En esencia, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.1.2 Parte demandada⁹

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, al considerar en síntesis que, a la demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales del último año de servicios conforme a la Ley 33 de 1985, pues a las pensiones que tienen el carácter de compartidas, se les aplica el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

5.1.3 Ministerio Público¹⁰

Solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, argumentando en síntesis que, los actos demandados no tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la parte accionante en el último año de servicios, en consecuencia, no se encuentra ajustada a derecho la decisión de la A Quo de negar las pretensiones de la demanda.

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.

⁷ Folio 141

⁸ Folios 144 - 157

⁹ Folios 158 - 159

¹⁰ Folios 160 - 163





II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal 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 servicios como lo solicitó en la demanda, por considerar que a la demandante no le resulta aplicable la Ley 33 de 1985, sino el Acuerdo 049 de 1990.

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:

¿¿Cuáles son los factores de salario que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de vejez de la actora?

3. Tesis

La sentencia de primera instancia se debe confirmar, porque le asistió razón a la A quo al denegar las pretensiones. No obstante, la Sala no comparte los motivos que sustentaron la decisión, ya que independientemente del régimen pensional que hubiere aplicado la entidad demandada para el caso de la actora, la pretensión en este caso se dirige a obtener la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el





Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

último año de prestación de servicios, es decir, el objeto de la discusión se centra en los factores que deben determinar el IBL, a los cuales no tiene derecho la actora tal como lo concluyó la A quo, pero la razón es que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, garantiza a sus beneficiarios la prestación por vejez o jubilación, y en relación con la normatividad que venía rigiendo en cada caso, lo atinente a la edad y el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no en lo referente al ingreso base de liquidación pensional que se rige en estricto rigor por lo previsto por el legislador en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem.

Respecto de los factores de salario a ser incluidos en la liquidación de su pensión de vejez, serán solo respecto de los cuales probó haber efectuado aportes al sistema general de pensiones en los términos previstos en la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado de fecha veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018), en concordancia con el Acto Legislativo 01 de 2005; con el fin de respetar i) la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y ii) asegurar la viabilidad financiera del sistema.¹¹

4. Marco normativo y jurisprudencial.

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:

4.1. Principios.

3.1 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.

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

¹¹ Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado Folio 23, Consejero Ponente, CÉSAR PALOMINO CORTÉS





Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

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 11¹² dispuso que se respetará el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior. Dicha norma fue declarada exequible¹³ 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.

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*

¹² 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."

¹³ 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: 13001-33-33-012-2014-00163-01

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 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 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."





3.3 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.

Así mismo y al no ser el ingreso base de liquidación (IBL) un aspecto sujeto a transición, la Sala, con relación a estas 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 iguales¹⁴.

En ese orden, 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”.

En ese orden, 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:

¹⁴ 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 [...]”.





Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

"[...]"

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

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 1154 de 1998 enlista los siguientes:

"**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;

De igual manera, en el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política se precisó que, para la liquidación de la pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones y en la sentencia de Unificación





Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

señalada¹⁵, el H. Consejo de Estado en los numerales 102 y 103 señaló las siguientes subreglas:

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

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

3.4 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 exequible¹⁶ por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-168 de 1995¹⁷, 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

¹⁵ Sala Plena, 28 de agosto de 2018.C.P CÉSAR PALOMINO CORTÉS

¹⁶ 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 hiciere 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".

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.





Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

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

Conforme lo precedente, si el trabajador acoge la aplicación del artículo 21¹⁸ en su inciso final de que se liquide el IBL con fundamento en toda su vida

¹⁸ 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: 13001-33-33-012-2014-00163-01

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:

5.1.1 La demandante nació el 29 de abril de 1944, como consta en la copia de su documento de identidad (Fl. 11).

5.1.2 Trabajó en el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- desde el 23 de junio de 1975 hasta el 28 de noviembre de 1999, según certificación expedida por el Jefe del Grupo de Recursos Humanos del SENA Regional Bolívar¹⁹.

5.5.3 La accionante devengó los siguientes emolumentos en el periodo comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 28 de noviembre de 1999²⁰:

SUELDO MENSUAL
SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN
GASTOS DE TRANSPORTE OCASIONALES
PRIMA DE SERVICIOS JUNIO
PRIMA DE SERVICIOS DICIEMBRE
PRIMA DE NAVIDAD
PRIMA DE VACACIONES
AUXILIO DE MANUTENCIÓN
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS
VIÁTICOS
PRIMA QUINQUENAL
BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN
BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN

5.1.4 Mediante Resolución No. 03310 de 25 de octubre de 2001 (Fl. 10), el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez a la demandante, como beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, aplicando el artículo 12 del Decreto 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y se indicó que *“en el caso concreto del peticionario, se cumplen las condiciones anteriormente indicadas para ser beneficiaria del régimen de transición y cumple los requisitos de edad y semanas exigidos para adquirir el pretendido derecho, razón por la cual se concluye que es procedente acceder a su reconocimiento”*. Se otorgó el derecho a partir del 1 de

¹⁹ Fl. 12 - 14

²⁰ Fl. 12 - 14





192

Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

noviembre de 2001 y teniendo en cuenta 1,299 semanas cotizadas y con un ingreso base de liquidación de \$960.858.

5.1.5 Mediante petición radicada ante el ISS en fecha 22 de marzo de 2011 (Fl. 15 - 18), la hoy demandante solicitó a dicha entidad, en lo relevante, la reliquidación de su pensión de jubilación dando aplicación al Art. 1 de la Ley 33 de 1985, régimen legal anterior, con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios (28/04/1998 al 28/04/1999) con retroactividad al 28/04/1999 fecha en la cual se retiró del servicio.

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 Art. 1 –solicitado en la demanda), incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios como son la asignación básica mensual, subsidio de alimentación, viáticos PPPR, gastos transportes ocasionales, prima de servicio junio, prima de servicios diciembre, prima de navidad, bonificación por servicios prestados.

La juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, por considerar que a la demandante en su condición de beneficiaria del régimen de transición, le es aplicable el régimen anterior que para su caso está contenido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por lo tanto, concluyó que no era procedente acceder a las pretensiones de la demanda, pues las mismas estaban sustentadas en el cálculo del Ingreso Base de Liquidación según lo consagrado en la Ley 33 de 1985.

Por su parte, la accionante al impugnar la sentencia, refirió que la controversia no gira en torno a la corrección sobre la norma que le aplicó la entidad accionada al momento del reconocimiento pensional –Acuerdo 049 de 1990, pues su pretensión está dirigida únicamente a que se revise si se dejaron de incluir factores salariales que devengaba la demandante en el último año de servicios de conformidad con la Ley 33 de 1985. Recalcó que el Juez, está llamado a darle aplicación, en cada caso concreto, a la norma más favorable y al principio de la condición más beneficiosa.

Al respecto, y en relación con el tema de la IIS, esto es, el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con venereo en el régimen de transición, esta Corporación ha sido enfática en que este- IBL- se define a la luz de lo determinado expresamente por la Ley 100 de 1993, y no con lo estipulado en la regulación precedente.





Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

Puestas en esa dimensión las cosas, se acreditó en el expediente 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 del régimen anterior, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo²¹, 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.

De igual manera, como la demandante adquirió el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, tan solo se le debe respetar el régimen anterior respecto de la edad, el monto o la tasa de remplazo y el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, como lo efectuó la entidad accionada en el acto acusado.

Sobre el ingreso base de liquidación o IBL, se aplican las siguientes reglas:

- a) Si a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994 a nivel nacional o a más tardar 30 de junio de 1994 a nivel territorial) a la persona le hace falta menos de 10 años para adquirir el derecho, **con el promedio de los devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, actualizado anualmente con base en el IPC certificado por el DANE.**
- b) Si a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 ((1 de abril de 1994 a nivel nacional o a más tardar 30 de junio de 1994 a nivel territorial) a la persona le hiciere falta más de 10 años para adquirir el derecho, el cotizado durante todo el tiempo, actualizado anualmente con base en el IPC certificado por el DANE.

Lo anterior se extrae de la lectura taxativa del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que prevé ambos casos:

"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE".

En el caso concreto, se tiene que el estatus jurídico de pensionada de la actora lo adquirió el día 1 de noviembre de 2001, según se consignó en la Resolución No. 00310 de 2001²², esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993. De tal manera que, a la fecha de entrada en vigencia a nivel nacional -1 de abril de 1994- le faltaban menos de diez años.

²¹ 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.

²² FI 10





Debe precisarse con relación a los factores salariales que reclama, que no pueden ser tenidos en cuenta para liquidar su pensión de vejez, todos los reclamados al no estar enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y no probar que sobre los mismos cotizó al Sistema.

En relación con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa que solicita la parte actora en su impugnación, la Sala concluye que no resulta procedente, pues no hay controversia entre normas, dado que el tránsito legislativo previó un régimen de transición que hizo viable que perviviera en el tiempo la Ley antigua –Ley 33 de 1985 frente a la Ley 100 de 1993, que han sido contrastadas por los órganos de cierre Constitucional y el H. Consejo de Estado que las han interpretado y encontrado acorde; permitiendo que coexistan en el tiempo.

Por lo precedente, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas por la Sala.

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 primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 2
SENTENCIA No.145/2018

SIGCMA

Radicado: 13001-33-33-012-2014-00163-01

TERCERO: 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 decidido en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Ausente con permiso
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ RODRÍGUEZ

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-012-2014-00163-01
Demandante	NORIS DEL CARMEN RUIZ DE BORRÉ
Demandado	COLPENSIONES
Tema	Reliquidación Pensión -Régimen de Transición - Inclusión de factores salariales (menos de diez años de servicios) Aplicación del Acuerdo 049 de 1990. Confirma.
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

