

Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

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	13001-33-33-012-2015-00423-01
Demandante	MAGOLA MARRIAGA TERAN
Demandado	COLPENSIONES
Tema	Reliquidación Pensión –Régimen de Transición – Inclusión de factores salariales devengados durante el último año de servicios. – CONFIRMA PARCIALMENTE
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDADA contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

1.1 Pretensiones. Se sintetizan así:

Se declare la nulidad de las Resoluciones VPB 31316 del 9 de abril de 2015, que confirmó el acto administrativo de octubre de 2014, la Resolución GNR 265830 de 23 de julio de 2014, mediante la cual negó la reliquidación de la pensión de vejez y de la Resolución GNR 256810 de 11 de octubre de 2013, que ordenó el reconocimiento de la pensión, incluyó en nómina y liquidó la pensión sin incluir la totalidad de factores devengados en el último año de servicios. Declarar la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo ocurrido por no resolver el recurso de apelación interpuesto para obtener la reliquidación de la pensión.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita: i) efectuar la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales del último año de servicio, a partir del día 29 de enero de 2009 fecha en que adquirió su derecho, ii) liquidar y pagar intereses de mora, iii) indexación de las prestaciones económicas que se deriven de la reliquidación de la pensión a partir del 29 de enero de 2009 en razón a la pérdida del valor adquisitivo, iv) que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada, v) condenas reajustadas e indexadas con base en el IPC conforme al CPACA y vi) que se cumpla la sentencia conforme al artículo 192 del CPACA.

1.2 Hechos relevantes planteados

1.2.1 Mediante Resolución GNR 256810 del 11 de octubre de 2013 se reconoció pensión de vejez a la accionante a partir del 29 de enero

¹ FI 1-18





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

de 2012 aplicando el 75% de la tasa de remplazo, teniendo en cuenta el IBC de los últimos 10 años aplicando la Ley 33 de 1985.

- 1.2.2 Mediante Resolución 256810 del 11 de octubre de 2013 se autorizó e ingresó a nómina a partir del mes de octubre anunciando que se tuvieron en cuenta 1082 semanas cotizadas y un IBL de \$896.338 aplicando el 75% arrojando una mesada de \$672.254, sin tener en cuenta los factores devengados por la accionante durante el último año de servicios.
- 1.2.3 La mesada pensional se reconoció de manera extemporánea sin pagarle los intereses de mora de acuerdo con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y por el contrario se le da relevancia a lo establecido al reconocimiento de pensión de invalidez lo cual no es cierto.
- 1.2.4 El tiempo laborado por la accionante es público, de 1294,86 semanas cotizadas a CAJANAL (869.29) y al ISS (425,57).
- 1.2.5 A la fecha de solicitud de pensión la accionante era beneficiaria del Régimen de transición porque contaba con más de 35 años de edad y cotizó como empleada pública al fondo de pensiones Horizontes y Colpensiones por 24 años, 9 meses y 26 días.
- 1.2.6 Al liquidar la pensión de la accionante, COLPENSIONES no tuvo en cuenta el salario real devengado ni el total de factores salariales devengados, así como el total del tiempo público servido, prestado y cotizado. Los factores fueron certificados por la Secretaría de Salud de Bolívar, en donde se detallan en el último año laborado y cotizado (2003) a saber: prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de alimentos, bonificación por servicios y bonificación por antigüedad.
- 1.2.7 Contrario a lo anterior, COLPENSIONES tuvo en cuenta el promedio de los 10 últimos años de servicios aplicando el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y no las Leyes 33 y 62 de 1985 que son las que rigen la situación de la accionante por haber laborado 24 años continuos al servicio del Estado.
- 1.2.8 A la accionante se le pagaron los siguientes factores salariales durante lo laborado entre enero del 2002 a agosto de 2003:

2002
SUELDO MENSUAL
SUBSIDIO DE TRANSPORTE
PRIMA DE ALIMENTACIÓN
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS
BONIFICACION POR ANTIGÜEDAD
PRIMA DE VACACIONES
PRIMA SEMESTRAL
PRIMA DE NAVIDAD
PROMEDIO DE RECARGO MENSUAL





2003

SUELDO MENSUAL
SUBSIDIO DE TRANSPORTE
PRIMA DE ALIMENTACIÓN
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS
BONIFICACION POR ANTIGÜEDAD
PRIMA DE VACACIONES
PRIMA SEMESTRAL
PRIMA DE NAVIDAD
PROMEDIO DE RECARGO MENSUAL

1.2.9 Con la sumatoria de todos los valores salariales, el promedio mensual del último año le daría un total de \$1.010.103,23 y aplicando el IPC para el año 2012 del 2.44% daría una suma de \$1.379.666,33 que multiplicado por el 75% daría una mesada de 1.034.749,75.

1.2.10 Se debe indexar la primera mesada con el fin de garantizar el pago oportuno y al reajuste periódico arrojando una suma de \$18.551.796.02.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Constitución política artículos: 2, 23, 25, 29, 48, y 53

Ley 1395 de 2010 Art. 115

Ley 100 de 1993, Artículos 1, 13, 36, 141, y 288

Ley 33 y 62 de 1985, Artículos 1 y 3

Con fundamento en jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre la interpretación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de la Corte Constitucional sobre la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral precisó que, con los actos administrativos proferidos por Colpensiones se vulneraron las normas acusadas, porque dicha entidad no liquidó la pensión de jubilación de la accionante con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios, desconociendo el precedente jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado que, ha venido reiterando que es procedente para determinar el IBL incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

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 21 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 recalando 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”**.

² Folios 107-115





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

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.

Propuso las excepciones de prescripción de la acción, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, buena fe, cobro de lo no debido, innominada o genérica.

3. Sentencia de Primera Instancia³.

Mediante sentencia de fecha 29 de junio de dos mil dieciséis (2016), la Juez Doce Administrativa del Circuito de Cartagena, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, la nulidad de los actos acusados, ordenando: i) reliquidar la pensión de la accionante teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados durante el último año de servicios (27 de agosto de 2002 al 27 de agosto de 2003), sueldos, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad y promedio de recargo mensual con efectos a partir del 29 de enero de 2012 sin prescripción de mesadas, ii) actualizar la base pensional según la fórmula señalada, iii) pagar las diferencias de las mesadas pensionales causadas a partir del 29 de enero de 2012 con el nuevo valor, iv) actualizar las mesadas mes por mes aplicando la fórmula señalada, v) indexar la primera mesada, convirtiendo el valor de los factores con base en los cuales le fue liquidada la pensión al valor actual de la fecha en que ésta le fue reconocida, toda vez que obtuvo el status pensional el 29 de enero de 2012 y se retiró del servicio el 27 de agosto de 2003. Negó el reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Fundamentó su decisión en que la actora al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debió obtener la liquidación de la pensión de jubilación aplicando la Ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibió durante el último año de servicios como lo señala la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, C.P VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

4. Recurso de apelación⁴.

COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en la Sentencia SU-230 de la Corte Constitucional que señaló de manera clara que el IBL no quedó incluido dentro de los beneficios para las personas que pertenecen al régimen de transición como es el caso de la actora, porque éste solo cobijó la edad, monto y semanas cotizadas las cuales continuarán rigiéndose con fundamento en la norma anterior, pero el IBL se liquida conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no aplicando la Ley 33 de 1985 como lo efectuó la primera instancia.

³ Folios 135-143

⁴ Folio 146-147





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

Señaló que la entidad aplica las siguientes reglas de interpretación respecto del IBL según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993: i) si al 1 de abril de 1994 a la persona le faltan menos de 10 años para cumplir los requisitos para pensionarse, se determina con base en el inciso 3 del artículo 36, ii) si al 1 de abril de 1994 les faltan más de 10 años para cumplir esos requisitos, se aplica el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y iii) los factores a tener en cuenta son exclusivamente los enlistados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre ellos se hubiesen efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

5 Trámite procesal de segunda instancia.⁵

Mediante auto de fecha tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada 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 demandada ⁶

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.1.2 Parte demandante⁷

Solicitó confirmar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y sustentado el derecho que le asiste a la accionante de la reliquidación de la pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985 por ser servidora pública, haber laborado más de 24 años y así reiterarlo la jurisprudencia del Consejo de Estado. Señaló que la sentencia SU 230 de 2015 a la que hace referencia la demandada, no puede ser aplicada en el caso concreto por cuanto trata del régimen de los congresistas y altos funcionarios de las Cortes.

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 por lo que se procede a decidir la alzada.

III. CONSIDERACIONES

⁵ Folio 158

⁶ Folios 161-162

⁷ Fl. 163-166.





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

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 que se debe resolver en esta instancia, la Sala debe tener en cuenta los argumentos de impugnación de la parte demandada que son los que limitan la competencia de este Tribunal, en aras de la prevalencia del principio fundamental de la non 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 accedió a 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, posición que en criterio de Colpensiones no concuerda con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y el precedente contenido en las sentencias C-258 de 2013 y la SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, por lo que para la liquidación de la pensión de la demandante se debe tener en cuenta del régimen anterior solamente la edad, el tiempo y el monto, entendido este como la tasa de reemplazo, pero para el cálculo del IBL se atenderá lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21.

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 revocar, 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





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

vigencia (29 de enero de 2012- adquirió el status⁸) solo tiene derecho a beneficiarse de la aplicación de la edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo previstos en la Ley 33 de 1985⁹. Respecto del IBL, se aplica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem, porque al entrar en vigencia esta Ley le faltaban más de 10 años para adquirir el status. Además, como estas normas no prevén cuáles son los factores salariales o integrantes de la remuneración para efectos de calcular el monto de la pensión, hacen imperioso acudir al D. 1158/1994 art. 1º, que modificó el D. 691 de igual año, debiéndose seguir la forma de liquidar las prestaciones para el servidor público, esto es, el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones; esto es, sobre los cuales demostró haber cotizado durante el periodo.

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 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

⁸ Adquirió el status de pensionada al reunir los dos requisitos de edad 55 años y 20 de servicios. Nació el 29 de enero de 1957

⁹En sentencia de la CSJ SL, 13 abr. 2010, rad. 37998, sobre este puntual aspecto precisó: "Esta Corporación tiene adoctrinado que la consolidación del derecho a la pensión legal plena de jubilación, sólo se da cuando se reúnen dos (2) requisitos: el tiempo de servicios y la edad exigidos por las correspondientes normas; y por consiguiente, únicamente cuando queden satisfechas ambas exigencias, es posible aseverar que se adquirió la titularidad del derecho, mientras tanto el trabajador con lo que cuenta es con una expectativa de jubilación, tal como lo concluyó el Tribunal.





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

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 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

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 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: 13001-33-33-012-2015-00423-01

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 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:

"**ARTÍCULO 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;





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

- 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;

5. El caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados

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

4.1.1 La demandante nació el 29 de enero de 1957 según consta en la fotocopia de su registro civil de nacimiento¹¹.

4.1.2 Laboró en la E.S.E Hospital Universitario de Cartagena desde el 1º de noviembre de 1978 hasta el 27 de agosto de 2003, según certificación expedida por la Secretaría de Salud de Bolívar¹².

4.1.3 **Adquirió el status de pensionada el día 29 de enero de 2012**, al cumplir los 55 años de edad, según se reconoció en la Resolución GNR 256810 de fecha 11 de octubre de 2013 por medio de la cual COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez (Fl. 20-29).

4.1.4 Mediante la Resolución GNR 256810 de fecha 11 de octubre de 2013, Colpensiones le reconoció a la accionante pensión de vejez al cumplir los 55 años de edad y teniendo en cuenta 1082 semanas, con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y para la liquidación del IBL, el artículo 21 de la Ley 100 y el Decreto 1158 de 1994, en ese sentido se liquidó el IBL sobre el 75% de \$896.338. (Fl. 20-29).

4.1.5 Mediante escrito presentado el día 28 de octubre de 2013, la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución GNR 256810 del 11 de octubre de 2013, solicitando la reliquidación de la mesada pensional y el retroactivo correspondiente ya que todo el tiempo cotizado es tiempo público. (Fl. 45-48).

4.1.6 Mediante Resolución GNR 265830 del 23 de julio de 2014, se resolvió el recurso de reposición y confirmó la decisión anterior, y en su parte motiva se le hizo saber a la señora MAGOLA MARRIAGA TERAN que, para dar trámite a su solicitud debe "alleg (ar) en su totalidad los elementos de juicio que permitan tomar de fondo una decisión mediante acto administrativo, estando la carga probatoria única y exclusivamente en cabeza del peticionario". En ese orden, le solicitaron, allegar: certificación proferida por

¹¹ Folio 87

¹² Folio 52





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

el empleador –EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO –HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA para que se indique su calidad de “publico”, así como la totalidad de los valores salariales devengados en el último año de servicio, debidamente certificados por medio de los formatos 1,2,3, expedidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o certificados por el jefe de Talento Humano de la última entidad en la que laboró¹³.

4.1.7 Con Resolución VPB 31316 de 9 de abril de 2015 se resolvió recurso de apelación, confirmando el acto de reconocimiento pensional. En su parte motiva se afirmó que, de la revisión del expediente administrativo no se pudo establecer si la accionante es empleada pública o trabajadora oficial. Que en caso de ser empleada pública para la liquidación de la pensión corresponde aplicar el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 con el 75% de los ingresos cotizados en el último año de servicio. Sin embargo, para el caso de trabajadores oficiales, como la actora, se aplica el artículo 21 de la Ley 100 de 1993¹⁴.

4.1.8 Con Resolución GNR 403292 del 11 de diciembre de 2015, COLPENSIONES reliquidó la pensión de jubilación de la accionante, señalando que aplicó la Ley 33 de 1985 (para edad y tiempo de servicios, monto del 75%) y la Ley 100 de 1993 para efectos del IBL, incrementando este valor a \$1.047.249.00.¹⁵

4.1.9 A folios 55 a 60 obran formatos No 3(B) Certificación de Salarios mes a mes a través de los cuales se acreditó que la actora cotizó para pensión, desde el año 1993 al 2003, además del factor ASIGNACIÓN BÁSICA, en la casilla denominada “otros factores salariales pagados en el mes certificado (Dto 1158)”, determinando una suma específica, pero sin precisar el concepto del factor de salario correspondiente, esto es, si se trata de la BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD O PROMEDIO RECARGO MENSUAL.

4.1.10 Devengó los siguientes emolumentos desde junio de 1991 a 27 de agosto de 2003¹⁶:

- SUELDO BÁSICO
- SUBSIDIO DE TRANSPORTE
- PRIMA DE ALIMENTACIÓN
- BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS
- BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD
- PRIMA DE VACACIONES
- PRIMA SEMESTRAL
- PRIMA DE NAVIDAD
- PROMEDIO RECARGO MENSUAL

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 demandante a la entidad accionada para obtener la reliquidación de su

¹³ Fl 31-36
¹⁴ Fl. 38 – 42.
¹⁵ Fl 103-106
¹⁶ Fl 63-69.





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

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, Ley 62 de 1985), incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios (2003), como: ASIGNACIÓN BÁSICA, AUXILIO DE TRANSPORTE, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA SEMESTRAL, PRIMA DE NAVIDAD, PROMEDIO RECARGO MENSUAL.

Por lo anterior, la Sala debe aclarar que en esta litis no se debate el régimen bajo el cual se reconoció la pensión de vejez a la señora MAGOLA MARRIAGA TERAN; específicamente si la pensión se le reconoció como trabajadora oficial o pública, pues el mismo no tiene trascendencia para definir la contienda que nos ocupa, la cual gira en torno a la manera en que se liquidó dicha pensión, pretendiendo el reajuste como se dejó indicado.

La juez de primera instancia, acogió la tesis de la parte accionante y declaró la nulidad de los actos acusados ordenando a COLPENSIONES reliquidar su pensión, incluyendo todos los factores solicitados y con efectos a partir del 29 de enero de 2012.

Conforme este panorama, la Sala determinará si le asiste razón a la entidad accionada que apeló la anterior decisión única y exclusivamente respecto a la liquidación del IBL, aduciendo que la demandante, al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos los factores devengados en el último año de servicios y con fundamento en la Ley 33 de 1985.

Para el efecto, lo primero que debe precisar la Sala es que, en efecto, la demandante es beneficiaria 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 remplazo**¹⁷.

Sin embargo, 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 ordenó la A-quo, por las siguientes razones:

1. En el caso concreto, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 a nivel nacional -1 de abril de 1994, a la accionante le faltaban más de diez (10) años para adquirir el status pensional, el cual logró el 29 de enero de 2012.
2. Como consecuencia de lo anterior, para la liquidación del IBL se le aplican las subreglas señaladas en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, según las cuales, la norma que rige su caso es el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 ibídem,

¹⁷ 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: 13001-33-33-012-2015-00423-01

de tal manera que, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado *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.*

- 3. Respecto de los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de la actora como beneficiaria de la transición serán únicamente aquellos sobre los que hubiese efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Bajo este hilo conductor y una vez revisada la Resolución GNR 256810 del 11 de octubre de 2013 por medio de la cual COLPENSIONES reconoció la pensión a la accionante, se evidencia que respetó las Leyes que regían su caso, pues mantuvo el régimen anterior - Ley 33 de 1985-, respecto de la edad (55) años, el tiempo de servicio (20 años) y la tasa de remplazo (75%), pero para liquidar el IBL, aplicó el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 o los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993, que resultaban ser las normas aplicables.

De otra parte y a pesar de que en el expediente se probó que la actora, durante los años 1994 a 2003, además de la ASIGNACIÓN BÁSICA devengó conceptos tales como: BONIFICACIÓN POR SERVICIOS y PROMEDIO DE RECARGO MENSUAL y BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD, y en todos los años: primas de alimentación, vacaciones, semestral y navidad¹⁸, solo los tres primeros están enlistados en el Decreto 1158 de 1994 para ser tenidos en cuenta en la liquidación del IBL de su pensión. Además, se exige probar que sobre los mismos se efectuaron los respectivos aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, lo cual no ocurrió en el caso concreto.

Si bien a folios 55 a 60 de la foliatura obran formatos No 3(B) Certificación de Salarios mes a mes a través de los cuales se acreditó que la señora MAGOLA MARRIAGA TERAN cotizó para pensión desde el año 1993 al 2003, además del factor ASIGNACIÓN BÁSICA, en la casilla denominada "otros factores salariales pagados en el mes certificado (Dto 1158)", determinando una suma global, pero sin discriminar el concepto del factor de salario correspondiente, esto es, si se trata de la BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD O PROMEDIO RECARGO MENSUAL, no es posible que esta Sala de decisión deduzca que la entidad accionada no los incluyó al momento de liquidar el IBL de la pensión de la parte actora, como tampoco la forma en que liquidó el promedio del salario mensual en el acto de reconocimiento pensional, en la medida en que no se precisó la operación por medio de la cual se llegó a obtener la cifra de la mesada.

Además, como la parte actora en la presente controversia solicitó la reliquidación de su pensión con todos los factores devengados en el último año de servicios y no los efectivamente cotizados durante los últimos diez años de servicio y con antelación al reconocimiento de la pensión, no cumplió con la carga prevista en el artículo 167 del Código General de

¹⁸ Certificación expedida por la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar.





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

Proceso: "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", esto es acreditar todo los factores de salarios cotizados durante los diez años anteriores a su retiro.

En Conclusión, la Sala encuentra que, no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados, por lo que la sentencia se revocará en cuanto declaró la nulidad por estos aspectos.

Respecto de la pretensión que concedió la A-quo de indexar la primera mesada, la Sala observa que la parte demandada no cumplió la carga de identificar concretamente las razones de inconformidad frente a la sentencia apelada en cuanto concedió esta pretensión, pues si limitó a solicitar, de manera general, se nieguen las pretensiones de la parte actora encaminadas a que se reliquide su pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales del último año de servicio conforme al artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

De la simple lectura del recurso, se observa que la recurrente no ofreció ningún argumento que ataque la decisión de la A-quo.

En este orden de ideas, el recurso no contiene sustentación de las razones de inconformidad, al no identificar concretamente los yerros que se pudieron cometer en la sentencia de primera instancia.

Al respecto y de manera pacífica esta Sala ha venido recalcando, con sustento en jurisprudencia reiterada del H. Consejo de Estado que, frente a la sustentación de la apelación contra la providencia de primer grado, el impugnante o recurrente tiene la obligación o la carga procesal de señalar las discrepancias, porque es frente a ellas que el Superior está limitado para resolverlas en la decisión de segunda instancia. Por ello, La sustentación del recurso de apelación es el medio procesal previsto para que el recurrente manifieste los motivos de inconformidad con la sentencia de primera instancia y delimita el pronunciamiento del Superior, con lo cual se garantiza el derecho fundamental al Debido proceso dentro del cual están ínsitos los de defensa y contradicción de las partes, así como la no *reformatio in peius*.

En providencia de 7 de abril de 2016, el Consejo de Estado señaló: "(...) En efecto, la sustentación del recurso delimita el pronunciamiento de la segunda instancia, tal y como lo dispone el art. 357 del C de P.C., actualmente 328 del CGP, aplicable por remisión expresa del art. 267 del C.C.A. Es así como las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación demarcan la competencia funcional del juez de segunda instancia. Por lo cual, si no existen dichas razones o motivos de discrepancia con la sentencia dictada, el recurso carece de objeto (...)¹⁹

Bajo este hilo conductor, en el caso concreto, la decisión de primera instancia habrá de ser confirmada en lo relacionado con la indexación de la primera mesada, en tanto el recurso de apelación carece de objeto y no puede la Sala entrar a resolverlo de fondo.

¹⁹Citada en la Sentencia proferida, por la Sección Cuarta, C.P ESTELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO de fecha veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00423-01

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 PARCIALMENTE la sentencia de fecha veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en cuanto ordenó la indexación de la primera mesada de la pensión de la señora **MAGOLA MARRIAGA TERAN**, identificada con la cédula de ciudadanía número 33.158.580, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCAR, los numerales, PRIMERO, SEGUNDO, TECERO y QUINTO de la sentencia apelada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

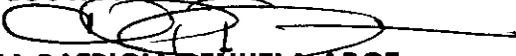
TERCERO: Sin condena en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

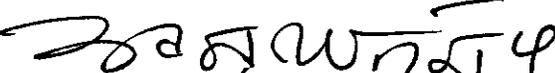
Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

fuente, en comisión de servicios.


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

