

13-001-33-33-004-2014-00108-01

Cartagena de Indias D. T. y C, cinco (05) de julio de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2014-00108-01
Demandante	OLÍMPIA PELUFFO NÚÑEZ
Demandado	NACIÓN – COLPENSIONES.
Tema	<i>Cálculo de IBL</i>
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Cuarto (04) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2. LA DEMANDA

2.1. Pretensiones (Fls. 1 – 2)

El apoderado de la señora OLÍMPIA PELUFFO NÚÑEZ solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 1757 de 18 de junio de 2004 y del acto administrativo ficto o presunto, ocasionado como consecuencia de la no contestación al derecho de petición de fecha 09 de febrero de 2011, por medio de la cual se solicitó la reliquidación del IBL de la pensión de la actora.

Que a título de restablecimiento del derecho se condene a COLPENSIONES, a re liquidar la pensión de jubilación de la señora PELUFFO NÚÑEZ, de conformidad con la normatividad vigente al momento de adquirir su pensión.

2.2. Hechos (Fls. 2 - 3)

El mandatario de la señora OLIMPIA PELUFFO NÚÑEZ aseguró que ésta prestó sus servicios personales al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) en el cargo de Instructor T.C. por más de 20 años, desde el año 1975 al 29 de noviembre de 1995, lo que le permitió obtener la pensión de vejez el 27 de agosto de 1999.

Continúa el apoderado aseverando, que dicha prestación económica no fue liquidada con inclusión de los factores salariales percibidos por la actora



13-001-33-33-004-2014-00108-01

durante su último año de servicios, tales como: subsidio de alimentación, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, horas extras y prima quinquenal.

En vista de lo anterior, a través de petición recibida por COLPENSIONES el día 22 de febrero de 2011, solicitó la reliquidación de la pensión reconocida a la señora PEUFFO NÚÑEZ, sin que haya sido resuelto tal requerimiento, por lo cual ante el transcurrir de más de tres meses desde la radicación de la petición, afirma el encargado que se configuró el silencio administrativo negativo, esto es que la respuesta se dio negando la reliquidación, hecho que lo determinó a acudir a la instancia judicial.

2.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

13.1. Constitucionales:

Artículos 2, 6, 13, 25 y 58.

1.3.2. Legales:

a). Artículo 1º de Ley 33 de 1985.

b). Artículo 36 de Ley 100 de 1993.

c). Artículos 38, 64, 155, 156, 161, 162, 163, 165, 166 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011.

d). Artículos 16, 21, 64 y 65 del C.S.T.

e). Artículos 5, 50, 74 y subsiguientes del C.P.L

3. LA CONTESTACIÓN (Fls. 60 - 68)

El apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) se refiere a los hechos y se opuso a todas las pretensiones de la demanda, asegurando que las mismas carecían de fundamento legal y fáctico, además de ello defiende la legalidad del acto acusado.

En cuanto al caso en concreto expuso que los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo de las pensiones si se someten al régimen de transición, mientras que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36, por lo que se debe regular bajo la prescripción normativa del artículo 36, inciso 3º si le hace falta menos de 10 años para adquirir el status de pensionado, al momento de entrar en vigencia la precitada Ley 100 de 1993,





13-001-33-33-004-2014-00108-01

o se aplica el artículo 21 de la misma Ley, si le hace falta más de 10 años para adquirir la calidad de pensionado.

En cuanto a los factores salariales que se deben tener en cuenta en la reliquidación pensional, afirma que para las entidades públicas los factores señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, es restrictiva, como venía interpretándose jurisprudencialmente antes del 4 de agosto de 2010, ya que sobre estos factores es que la entidad puede estimar las reservas presupuestales que debe hacer para pagar los aportes en la respectiva vigencia, tal y como lo señala el mismo artículo.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 116 - 126)

El Juzgado Cuarto (04) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en sentencia del 26 de abril de 2016, concedió las pretensiones de la demanda, en el sentido que encontró ajustado a derecho que a la demandante se le re liquide su pensión, pues aseguró que al ser beneficiaria del régimen de transición, le es posible pensionarse con el régimen de la Ley 33 de 1985, por lo cual con el ánimo de mantener la inescindibilidad normativa, es dable la aplicación completa de dicho régimen anterior, incluyendo la edad, el tiempo de servicios, cotizaciones, porcentaje y monto, ello siguiendo la posición del precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado.

Por consiguiente, en cuanto a los factores salariales también se sigue la pauta del Consejo de Estado, que determina una interpretación enunciativa de dichos factores, posibilitando el reconocimiento de otros emolumentos, aunque de ellos no se haya efectuado la deducción legal.

5. RECURSO DE APELACIÓN

5.1. De la parte demandada (Fls. 128 - 129)

La apoderada de la parte demandada aduce que no está de acuerdo con lo pretendido por la señora OLIMPIA PELUFFO NÚÑEZ, toda vez que para el reconocimiento de su pensión se tuvo en cuenta los requisitos de Ley, por ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entre tanto para la liquidación de dicha prestación se siguió la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que indica que el IBL es un elemento excluido del régimen de transición, por tanto debe ser regulado por los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993.





13-001-33-33-004-2014-00108-01

En cuanto a los factores salariales afirma que los únicos que se deben tener en cuenta al momento de determinar el Ingreso Base de Liquidación serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

6. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto N° 139/2017 de fecha 14 de marzo de 2017 (Fl. 139), se admite el recurso de apelación así como se ordena correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

7.1. La parte demandada presentó sus alegatos. (Fls. 144 - 145)

7.2. La parte demandante presentó sus alegatos. (Fls. 146 - 152)

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

4.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





13-001-33-33-004-2014-00108-01

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la capacidad de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional, que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

***“Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.*”**

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que opera tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

4.3. Problema jurídico.

La presente decisión se enmarcará en el desarrollo de la siguiente pregunta problémica:





13-001-33-33-004-2014-00108-01

¿Se debe realizar la liquidación de la pensión de la accionante con base en el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio?

4.4. Tesis

La Sala de decisión revocará la sentencia de la primera instancia, pues no resulta ajustado a los parámetros jurisprudenciales, de orden Constitucional re liquidar la pensión de la demandante incluyendo los factores salariales dispuestos en el régimen pensional anterior, pues si bien, aunque la señora OLIMPIA PELUFFO NÚÑEZ sea beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los elementos de su pensión que se registrarán por el régimen anterior para ella aplicable, son la edad, tiempo de semanas cotizadas y monto pensional, mientras que el IBL, que incluye los factores salariales con los cuales se promediará la pensión, debe calcularse con base al ordenamiento normativo del nuevo Sistema General de Pensiones, esto es bajo lo establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si le faltare menos de 10 años para adquirir el status de pensionado o el artículo 21 de la misma Ley, si la hipótesis fuera que le faltare más de 10 años para adquirir dicho status, incluyendo sólo los elementos del salario dispuestos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, tal y como lo efectuó COLPENSIONES, en los actos administrativos acusados, los cuales gozan de legalidad y no deben ser anulados.

4.5. Marco normativo y jurisprudencial

DE LOS FACTORES SALARIALES COMO ELEMENTOS DEL IBL EXCLUIDOS DEL REGÍMEN DE TRANSICIÓN Y SU REGULACIÓN BAJO LA LEY 100 DE 1993

La reliquidación pensional de las personas que en su época productiva prestaron sus servicios laborales a entidades del Estado, sea de forma continua e ininterrumpida, fraccionada en distintos períodos de tiempo o alternada con entidades del sector privado, constituye un tema que es concurrente dentro de los estrados judiciales, en donde se resuelven dichos asuntos a la luz de las interpretaciones jurisprudenciales efectuadas por las Altas Cortes.





13-001-33-33-004-2014-00108-01

Es así, como tanto el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo como de la Jurisdicción Constitucional han sentado sus posiciones sobre el tema, siendo el Consejo de Estado de la postura de incluir el Ingreso Base de Liquidación dentro del concepto de monto, por lo que queda subsumido en el régimen anterior al régimen general de pensiones, contemplado en la Ley 100 de 1993, mientras que la Corte Constitucional efectuando un análisis sistemático y literal del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concluye que el Ingreso Base de Liquidación se excluye del régimen de transición y debe regirse bajo los parámetros del nuevo Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, corresponde a ésta Sala de decisión acoger una de las anteriores concepciones, por lo que se recurre a la naturaleza jurídica del derecho que enmarca el reconocimiento de las pensiones, a fin de determinar la autoridad judicial competente para sentar precedente en ésta materia, por lo cual se estudiará el tema en forma inductiva, desde lo particular a lo general, partiendo de un concepto específico como es la pensión, hasta llegar a su desarrollo normativo como materialización de un derecho, en un sentido más amplio.

En este orden de ideas, se concibe la pensión como el importe que recibe la persona de forma mensual, durante la etapa no productiva de su vida, en forma de contraprestación a sus años de esfuerzo en el rol de trabajador, ya sea como dependiente o independiente, que se otorga con base al cumplimiento de requisitos legales, como son edad, número de semanas cotizadas y monto determinado, lo cual la constituye en una prestación social, que al ser asumida como tal, se enmarca dentro del ámbito de la seguridad social, en vista que ésta última como el conjunto de medidas encaminadas a la protección de la población, termina siendo su garante, ello en concordancia con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-690 de 2014 así:

"El concepto de "seguridad social" hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas, por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo."

Por consiguiente, al dejar por sentado que el derecho a la pensión se encuentra inmerso dentro de la seguridad social, se prosigue a analizar la





13-001-33-33-004-2014-00108-01

naturaleza de dicho concepto, el cual se caracteriza por ser dual, al tener la connotación de servicio público y de derecho fundamental simultáneamente, siendo ésta última condición, la que direcciona el presente análisis a un enfoque constitucional, en la medida en que es la misma Constitución Política Colombiana, la encargada de regular la seguridad social en su artículo 48 así:

"ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de





13-001-33-33-004-2014-00108-01

Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.

PARÁGRAFO 1o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

PARÁGRAFO 2o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.





13-001-33-33-004-2014-00108-01

PARÁGRAFO TRANSITORIO 3o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 4o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 5o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año". (Negritas fuera de texto).

De lo anterior se colige, al no quedar dudas del carácter Constitucional y por ende fundamental de la pensión, que el mencionado derecho es desarrollado por línea jurisprudencial, en primera instancia por el Órgano Judicial encargado de la guarda y custodia de la Constitución, como es la Corte Constitucional, tal y como lo establece el artículo 241 superior, por lo cual, las decisiones que profiera dicho Tribunal, sobre los asuntos meramente Constitucionales comportan un precedente vinculante tanto para la Jurisdicción Constitucional, como para los demás operadores judiciales, de las otras jurisdicciones, en la medida en que es de alcance no sólo vertical sino también horizontal, razón por la cual, ésta Sala de decisión resuelve en adelante, acogerse a la interpretación manejada por la Corte Constitucional, apartándose de la pacífica, constante y garantista línea argumentativa del





13-001-33-33-004-2014-00108-01

Consejo de Estado, como órgano de cierre de nuestra jurisdicción Contencioso Administrativa.

En consecuencia, se examina la línea jurisprudencial de la Corte sobre reliquidación pensional desde sus primeros pronunciamientos, iniciando con el contemplado en la sentencia **C – 168 de 1995**, donde se declara exequible el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a excepción del último inciso, pues en ese se planteaba una situación de desigualdad entre el momento de adquirir la pensión de los empleados públicos y los trabajadores del sector privado.

Entretanto en la sentencia **C – 279 de 1996**, se aborda el tópico de los factores salariales, desde el estudio de la inclusión o no de una prima dentro de la liquidación pensional de un ciudadano, resolviendo finalmente no otorgar a dicho emolumento, el carácter de factor salarial.

En la sentencia **C – 258 de 2013** se hace referencia al alcance e interpretación del Ingreso Base de Liquidación, con relación al régimen de transición; considerando que de dicho régimen se excluye el IBL, al ser éste reglamentado por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, se decide declarar inexecutable la expresión “último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, en vista que no era dable liquidar IBL pensional sobre un año, cuando los artículos 21 y 36 señalaban otros períodos de tiempo, pues ello redundaba en una ventaja que no previó el Legislador en la creación del nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que se declaró que reconocer la pensión de vejez de las personas pertenecientes al régimen de transición, aplicando sólo los regímenes anteriores, sin tener en cuenta el IBL del artículo 36, resultaba ser un claro “abuso del derecho”.

Así mismo, mediante el **Auto 326 de 2014**, la Sala plena de la Corte Constitucional extendió el alcance de la interpretación sobre ingreso base de liquidación efectuada en la sentencia C – 258 de 2013, a toda la población perteneciente al régimen de transición, pues implicaba un “precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no debía ser desconocido en forma alguna”.

Por su parte en la **T – 78 de 2014**, se fijan reglas de interpretación para el concepto de monto, haciendo énfasis, en que éste efectivamente hace parte de la regulación anterior, para la liquidación de pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, pero que no incluye el ingreso base de





13-001-33-33-004-2014-00108-01

liquidación, por ser ese un elemento regulado por la normatividad aplicable al nuevo Sistema General de Pensiones.

Continúa la Corte pronunciándose sobre la liquidación pensional en la sentencia **SU – 230 de 2015**, planteando allí dos conceptos de monto, el primero ajustable a los regímenes especiales, entendido como “el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de remplazo al promedio de la liquidación del respectivo régimen” y el segundo adaptable al régimen de transición, como un “privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

En la sentencia **SU – 427 de 2016** afirma que al liquidar la pensión con base al último año se puede incurrir en otorgar ventajas irrazonadas que no guardan relación con la vida laboral de los pensionados, pues por lo general en el último año obtienen salarios que nunca antes tuvieron, logrando entonces que su pensión se base en sumas que no corresponden a la realidad de su trayectoria laboral.

Ahora bien, pese a todos los pronunciamientos anteriores, la Corte en la sentencia **SU – 210 de 2017**, se aparta un poco de la tesis que defendía sobre el ingreso base de liquidación, señalando que el mismo hacía parte del concepto de monto del que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que por tanto es regulado por el régimen anterior. No obstante, a ello, da un giro jurisprudencial volviendo a la teoría que el IBL debe ser regulado bajo el nuevo Régimen General de Pensiones.

Finalmente, la Corte emite dos jurisprudencias recientes, consideradas claves para la reglamentación del cálculo de la pensión, en cuanto recogen toda la línea argumentativa del máximo Tribunal Constitucional, ellas son la T – 039 de 2018 enfocada al IBL y la SU - 395 de 2017 orientada a los factores salariales, con base a ellas se sentará la posición de la Sala frente a esos dos tópicos así:

En el pronunciamiento **T – 039 de 2018**, luego de un recuento histórico y normativo la Corte Constitucional sienta como pautas de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que el concepto monto, maneja dos acepciones, una enfocada a los regímenes especiales y otra para el régimen de transición, la primera asumida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen, y la segunda aplicable al régimen de transición, que se concibe como un privilegio





13-001-33-33-004-2014-00108-01

legal para las personas próximas a adquirir el derecho, pero que al no ser cristalizada dicha facultad, son destinatarios de unas reglas propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo expuso en algunas decisiones anteriores.

En ese mismo sentido, el máximo Tribunal de la jurisdicción Constitucional, continúa desglosando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en un sentido finalístico, que coloca sobre el tapiz del análisis las siguientes premisas:

a). La condiciones modales y temporales para ser beneficiario del régimen de transición son tres:

- Tener 35 años o más si es mujer.
- Tener 40 años o más si es hombre.
- Tener mínimo 15 años de cotización.

b). Los elementos de la pensión de las personas que hagan parte del régimen de transición, que se reglamentarán por la normatividad de los regímenes anteriores son:

- La edad.
- Tiempo de semanas cotizadas.
- El monto

c). Se contempla de forma expresa que los demás elementos de la pensión, de las personas cobijadas por el régimen de transición serán regulados por la Ley 100 de 1993.

d). Se determina el Ingreso Base de Liquidación para las personas cobijadas por el régimen de transición, que les faltare menos de 10 años para adquirir el reconocimiento del derecho a la pensión así:

- Promedio de lo devengado en el tiempo faltante.
- A partir de lo cotizado durante todo el tiempo restante si fuere superior, siendo además actualizado con base al índice de precios al consumidor.

e). Se establece que al no ser mencionados en el inciso 3º del artículo 36, a los afiliados del régimen de transición que le hicieren falta más de 10 años para adquirir la pensión, se les reglamentará su Ingreso Base de Liquidación, por la





13-001-33-33-004-2014-00108-01

prescripción normativa contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que reza lo siguiente:

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. 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".

f). Se fija que la forma de renunciar a la reglamentación de la pensión bajo las normas de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, es acogerse voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En ese orden, se puntualiza que al sólo hacer parte del régimen de transición los elementos edad, tiempo cotizado y monto, el Ingreso Base de Liquidación debe ser inexorablemente regulado por la Ley 100 de 1993.

Por su parte, la sentencia **SU – 395 de 2017**, a partir del estudio del defecto sustantivo y violación directa de la Constitución supuestamente perpetrada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en su interpretación sobre los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 frente al régimen de transición aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales, determina unas pautas generales, con efectos *erga omnes*, sobre los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto pensional.

Es así, como ésta providencia analiza el artículo 48 Constitucional en su inciso 12 puntualmente, determinando que la razón de ser del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es precisamente propiciar la estabilidad del nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que lo liquidado debe ser proporcional a lo realmente cotizado, basándose además en lo dispuesto por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, donde se hace especial énfasis en la sostenibilidad financiera del sistema en mención, por la que debe propender el Estado Colombiano, así:





13-001-33-33-004-2014-00108-01

*"En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, **la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993**" (Negritas fuera de texto).*

De lo que se desprende que en cuanto a factores salariales, la Corte ya se ha manifestado concretamente, determinando que no es posible tener en cuenta emolumentos que no se encuentren señalados taxativamente dentro de la legislación del nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que es dable colegir que los elementos del salario que se incluirán en el cálculo del monto pensional serán los dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, como norma reglamentaria de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior se refleja expresamente y sin lugar a equívocos en la providencia objeto de análisis que describió lo siguiente:

*"En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. **En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.**" (Negritas fuera e texto).*

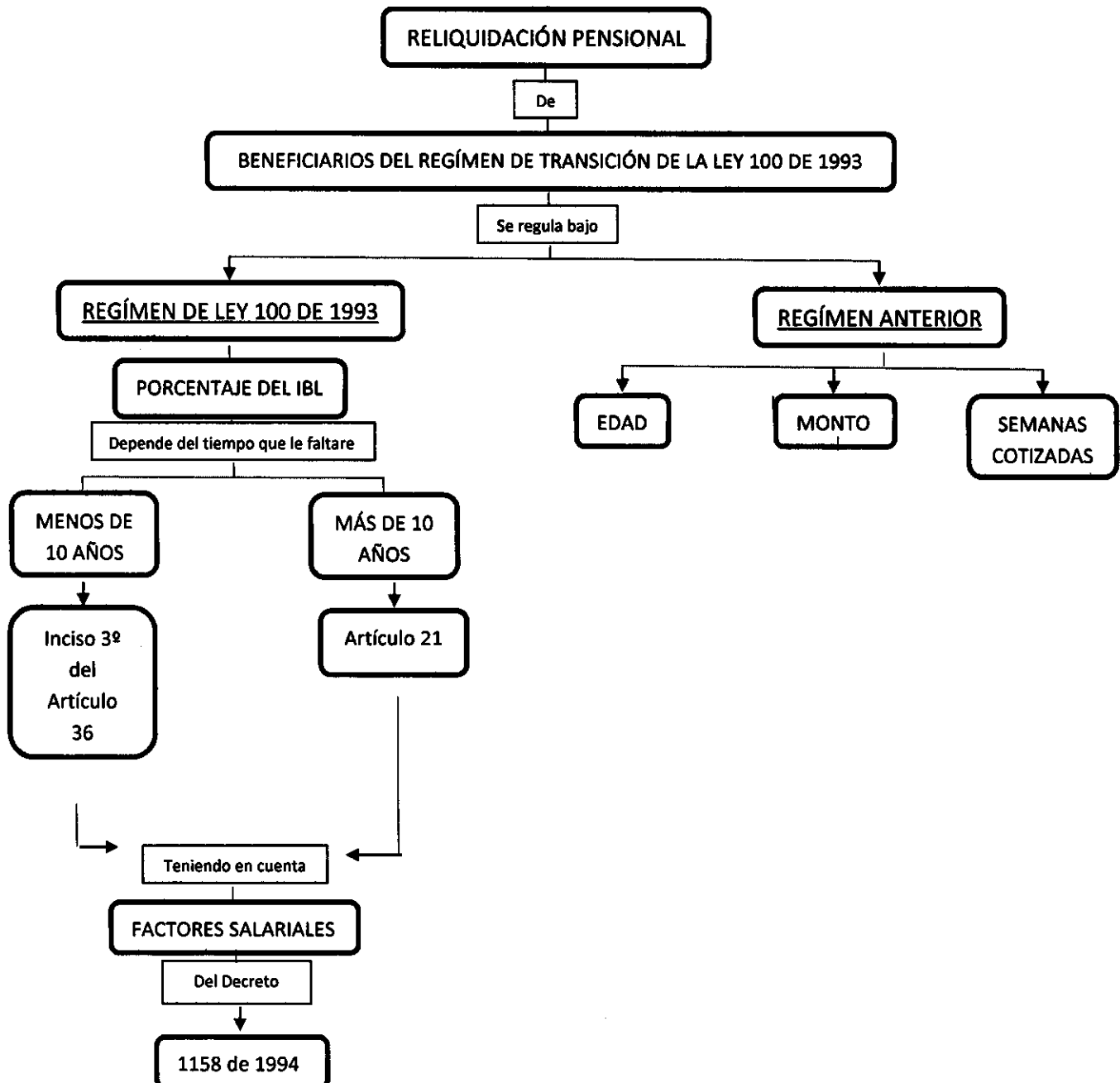
Así las cosas, se concluye y fija a manera de tesis jurisprudencial de la presente Sala de decisión que para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos, pertenecientes al régimen de transición creado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se regulará los elementos pensionales Edad, Semanas Cotizadas y Monto bajo los regímenes anteriores o especiales, aplicables a cada caso concreto. Sin embargo para la promediación del Ingreso Base de Liquidación de cada persona, se tendrá en cuenta las previsiones del inciso 2º del artículo 36 si al titular del derecho a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaren menos de 10 años para adquirir la calidad de pensionado, o el artículo 21 de la misma norma si le descontaren más de 10 años; así mismo, sólo se tendrán en cuenta para dicho cálculo los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.

Lo anterior se condensa ilustrativamente en el siguiente mapa conceptual:





13-001-33-33-004-2014-00108-01



4.6. El caso concreto.

4.6.1. Hechos relevantes probados

a). Con la copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora OLIMPIA PELUFFO NÚÑEZ (Fl. 28), donde se indica que la actora nació el día 25 de diciembre de 1938, se comprueba que la misma a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenía más de 35 años, por tanto es beneficiaria del régimen de transición pensional.



13-001-33-33-004-2014-00108-01

b). Con la copia simple de la petición elevada ante el Instituto de Seguros Sociales (Fls. 17 – 19), donde se pide la reliquidación pensional, así como con las Resoluciones N° SS-CAP-SUC N° 0924-11 (Fl. 21) y N° SS-CAP-SUC N° 0925-11 (Fl. 22), donde se remite al señor Gabriel Luna Racines en calidad de Jefe del Departamento de Pensiones del ISS, la petición impetrada por la accionante; se comprueba que efectivamente si se interpuso la petición, sin encontrarse respuesta a la misma dentro del expediente.

4.6.2 Del análisis crítico de la situación fáctica frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el ejercicio de contrastar lo probado en el expediente, con lo expuesto por vía jurisprudencial y normativa en el presente caso, se puede decir que la liquidación pensional realizada por la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), donde se calcula el porcentaje de la pensión con base al tiempo faltante para obtener el status de pensionado, tal y como lo ordena la Ley 100 de 1993, puntualmente en el inciso 3° del artículo 36, y se promedia la mesada pensional sin incluir los factores salariales solicitados por la actora en ésta vía judicial, se ajusta a la tesis adoptada por la Sala de decisión.

Lo anterior en razón, a que efectivamente es del sentir de ésta Sala, acogerse al criterio de la Corte Constitucional en cuanto al cálculo del porcentaje del IBL, resultando por contera procedente enmarcar la operación aritmética de la pensión, en la inclusión del tiempo que le haga falta para adquirir el status de pensionado, **si es inferior a 10 años**, o en los últimos 10 años anteriores a la adquisición de la calidad de pensionado, **si le faltare más de 10 años** para pensionarse, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; tal y como lo fija el inciso 3° del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100, respectivamente; así como incluir dentro de la promediación del Ingreso Base de Liquidación los elementos del salario contenidos en el Decreto 1158 de 1994, lo cual estaría en total consonancia con el cálculo del porcentaje del IBL, realizado por el ISS ahora COLPENSIONES.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta la sentencia de la primera instancia, en la que el A – quo resuelve: **i).** Re liquidar la pensión de la señora OLIMPIA PELUFFO NÚÑEZ, incluyendo en la base pensional además de la asignación mensual los siguientes factores: subsidio de alimentación, recargos nocturnos, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, horas





13-001-33-33-004-2014-00108-01

extras y prima quinquenal y **ii)**. Determinar todo ello en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados por ella durante el lapso comprendido entre el 29 de noviembre de 1994 al 29 de noviembre de 1995.

Así como, las motivaciones de la alzada, donde el recurrente solicita que se revoque la decisión anterior y en su lugar se realice lo siguiente: **i)**. Cálculo de la pensión con base a los 10 últimos años anteriores, al reconocimiento de la pensión de la señora FIGUEROA MARRUGO y **ii)**. Determinación de los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.

Se concluye, que se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en el sentido en que no se anulará el acto administrativo ficto presunto, que configuró el silencio administrativo negativo, en virtud de la no contestación de la petición de reliquidación, impetrada por la actora, así como **no** se re liquidará la pensión de la señora PELUFFO NÚÑEZ, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados por ella durante el lapso comprendido entre el 29 de noviembre de 1994 al 29 de noviembre de 1995, sino por el contrario se hará acorde a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo hizo el ISS ahora COLPENSIONES.

La anterior revocatoria también se predica para la inclusión de los factores salariales, donde se distancia la Sala de la postura del A – quo, el cual se fundamentó en el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado.

Lo que implica que el recurso de la parte demandada es resuelto favorablemente.

4.6.3. Condena en costas en segunda instancia.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los requerimientos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, al ser resuelto los puntos solicitados por el apelante en sentido favorable para éste, no habrá lugar a costas en esta instancia.



13-001-33-33-004-2014-00108-01

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto (04) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, y en su lugar deniéguense todas las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: DEVUELVASE el expediente al Juzgado de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia XXI"

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

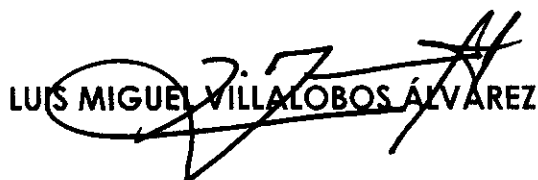
LOS MAGISTRADOS



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ