



Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13001-33-33-007-2015-00304-01
Demandante:	Luz Marina González Zambrano
Demandado:	Colpensiones
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de septiembre de 2017, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

La señora Luz Marina González Zambrano, presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra Colpensiones, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1. Declárese la nulidad parcial de la Resolución N° 00178 de agosto de 2011.
2. Declárese la nulidad total del acto administrativo ficto, o presunto de julio 3 de 2012 que dio respuesta negativa a una petición de mayo 3 de 2012, a consecuencia de no haber dado respuesta, ni el ISS, ni Colpensiones a la petición contenida en dicho escrito.
3. Condénese a la demandada a reliquidar la pensión de vejez con base en el IBL establecido en el art. 1° de la Ley 332 de 1985 y no en el de la Ley 100/93, esto es, con el 75% del salario promedio del último año de servicio de la demandante.
4. Condénese al pago de las diferencias de mesadas resultantes – debidamente indexadas – causadas entre la fecha de causación del derecho y aquella en que efectivamente sea incluida en nómina la demandada diferencia.
5. Condénese a la demanda a reconocer y pagar los intereses moratorios a los que se refiere el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en su defecto, el legal en su tasa más alta.
6. A las costas y gastos del proceso.





b) Hechos.

Para sustentar fácticamente las pretensiones la demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

El Instituto de los Seguros Sociales, mediante Resolución N° 010078 del 26 de agosto de 2011, en aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 100/93 y, teniendo en cuenta la Ley 33/85, le reconoció una pensión de jubilación, teniendo en cuenta lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios.

Adujo que tiene derecho a que su pensión se reliquide teniendo en cuenta lo devengado durante el último año de servicios y que de acuerdo con la certificación expedida por el SENA, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, subsidio de alimentación, horas extras diurnas y nocturnas, recargo nocturno, bonificación, auxilio educativo, vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación por recreación.

El 3 de mayo de 2012, solicitó a Colpensiones la reliquidación de su pensión, la cual fue negada mediante el acto ficto demandado.

c) Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 2, 13, 48 y 53 de la Constitución Política, y 1° de la Ley 33 de 1985.

Manifestó que los actos acusados contrarían los fines esenciales del Estado, porque desconocen el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, puesto que su pensión se debió liquidar teniendo en cuenta la Ley 33/85; es decir, incluyendo el 75% de los factores salariales devengados el último año de servicios

Agregó que la Corte Constitucional, al estudiar la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93, señala que el cálculo de la mesada pensional no hace referencia al IBL, sino al salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios; es decir, que si un trabajador es pensionado bajo el régimen del artículo 1° de la Ley 33/85 se debe aplicar en su totalidad la misma, pues de lo contrario se estaría violando el principio de inescindibilidad normativa.

Reiteró que el artículo 42 del Decreto - Ley 1042 de 1978 reitera que "... constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios. La totalidad de los factores salariales que remuneraron el servicio lo constituyen: el sueldo o salario básico, el subsidio de transporte, la prima de alimentación, la bonificación por servicios prestados, la



bonificación por antigüedad, la prima de vacaciones, la prima semestral, la prima de navidad y el promedio de recargo mensual de horas extras.

3.2. Contestación (fs. 45-52).

- **Colpensiones** se opuso a las prosperidad de las pretensiones, señalando que al reconocimiento y la liquidación de la pensión de vejez de la demandante, se realizó teniendo en cuenta el régimen legal aplicable a la fecha de adquisición del status jurídico, el cual se consolidó bajo la vigencia de la Ley 100/93, modificada por la Ley 797 de 2003.

A la demandante le fue reconocida la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Decreto 1158/94, aplicables a la fecha de adquisición del status jurídico de pensionado.

La intención del legislador incluir como base para adquirir pensión, la totalidad de los factores que pudo haber percibido el trabajador y con el cual le fueron liquidadas sus prestaciones laborales.

La resolución de reconocimiento pensional incluye en la liquidación, los factores remunerativos a los cuales se les realizaron descuentos para pensión, pues las pensiones del régimen de prima media se reconocen con base en los aportes que realicen los afiliados, ya que cualquier descuento adicional es considerado ilegal.

3.3. Sentencia de primera instancia. (fs. 106-111)

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 27 de septiembre de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de las demanda, así:

"PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 0010078, expedida por el Instituto de los Seguros Sociales- hoy Colpensiones, por medio de la cual se reconoció a la señora Luz Marina González Zambrano pensión vitalicia de jubilación, en lo relacionado con la base de liquidación de dicha prestación y la nulidad del acto ficto de fecha 03 de mayo de 2012, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Administradora Colombia de Pensiones – Colpensiones:

2.1. Re liquidar la pensión de jubilación vitalicia reconocida a la señora Luz Marina González Zambrano con base en el promedio de todos los factores salariales devengados por ella durante el último año de servicio, esto es, desde el 01 de julio de 2010 hasta el 01 de julio de 2011, en un porcentaje del 75% , teniendo en cuenta para el efecto, además de la asignación básica el subsidio de alimentación, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargo nocturno, prima de servicio de junio , prima de servicio de diciembre , prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por servicios, a partir del 12 de mayo de 2012.



2.2. Pagar a la demandante, atendiendo la prescripción trienal, las diferencias entre los valores resultantes como consecuencia de la reliquidación de su pensión de jubilación y los que fueron pagados efectivamente el 12 de mayo de 2012.

TERCERO: Se declara la prescripción sobre las diferencias resultantes de la reliquidación de pensión vitalicia de jubilación reconocida a la señora (...) causadas con anterioridad al 12 de mayo de 2012, conforme a la motivación precedente.

CUARTO: Las sumas ordenadas y reconocidas por (...) Colpensiones serán ajustadas de acuerdo con la fórmula que se anuncia en el presente acta, teniendo en cuenta además los aumentos o reajustes producidos o decretado durante dicho periodo, y la prescripción trienal como se indicó al analizarse este medio exceptivo. (...)"

Adujo que en el presente caso no se discute el régimen aplicable a la demandante, ni el tiempo de servicio reconocido, ni el porcentaje aplicado al monto de la pensión reconocida; sino la inclusión de todos los factores devengados el último año de servicios.

Sobre los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, citó la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112- 09), en la que se señaló que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Ley 33/85 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Sostuvo que la demandante devengó el último año de servicios, además de la asignación básica, el subsidio de alimentación, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargo nocturno, prima de servicio de junio, prima de servicio de diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por servicios, a partir del 12 de mayo, por lo cual ordenó la reliquidación deprecada.

3.4. Recurso de apelación. (fs. 113-114).

- **La parte demandada** adujo que la sentencia apelada accedió a reliquidar la pensión de vejez de la demandante con inclusión de la totalidad de los factores percibidos por el actor durante el último año de servicios, sin tener en cuenta sobre cuales factores se realizaron cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión. - No obstante, el régimen de transición solo cobija la edad, tiempo de servicio y monto, la forma de liquidación se encuentra descrita en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100/93, pero los factores salariales siempre se han determinado por los aportes que se realicen con base en ellos, tal como lo establece la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994.



La Corte Constitucional sostuvo que el propósito original de la Ley 100/93 era no permitir la aplicación ultractiva (vigencia o aplicación de una norma después de haber sido derogada) de los regímenes vigentes, el artículo 36 de la Ley 100/93 únicamente se previó la aplicación ultractiva de los conceptos de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo de los regímenes pensionales existentes antes de la Ley 100/93.

A través del artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100/93, el legislador buscó unificar las reglas del ingreso base de liquidación en el régimen de prima media; propósito que coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01/05, específicamente con crear reglas uniformes que eliminen los privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad financiera del sistema.

- Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 7 de mayo de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 124), y por providencia de 27 de junio de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 128).

La parte demandada presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en la contestación de la demanda y en recurso de apelación (fs. 130-131); la parte demandante no presentó alegatos de conclusión; y el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión



de jubilación, teniendo en cuenta el 75 % de todo los factores salariales devengados durante el últimos año de servicios.

5.3. Tesis de la Sala

La demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, las pensiones deben liquidarse teniendo en cuenta el monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en la Ley 33/85, pero el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100/93, y los factores que deben incluirse en el mismo son exclusivamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones, con base en el Decreto 1158/94. En consecuencia, se revocará la sentencia apelada.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial

5.4.1. Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...)"

El régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.



Las pruebas allegadas al expediente demuestran que el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, la demandante tenía 38 años de edad, por lo cual se encuentra amparado por el régimen de transición.

5.4.2. Sentido y alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El Consejo de Estado había adoptado de manera reiterada y pacífica el criterio según el cual a las pensiones de los servidores del estado beneficiarios del régimen de transición se les debía aplicar el régimen normativo que con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 regulaba lo relativo a la edad, tiempo de servicios y el **monto de la pensión**, y que la expresión subrayada comprendía tanto el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), como el ingreso base de liquidación, pues el principio de inescindibilidad imponía aplicar la norma comentada de manera integral e impedía liquidar la pensión aplicando edad y tiempo de servicio del régimen anterior y el monto del nuevo régimen.

También sostuvo la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo Subsección A, en sentencia de 4 de agosto de 2010, radicación 250002325000200607509 01 (0112-2009), que para efectos de la liquidación de la pensión debían tenerse en cuenta todos los factores salariales (...) *En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios"*

En la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional estudió una demanda contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992,¹ cuyo texto es el siguiente: "El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal. - PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

¹Ley 4 de 1992, Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.



En este fallo la Corte asumió una interpretación distinta del artículo 36 de la Ley 100/93, según la cual el concepto de monto comprende únicamente el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), el cual diferenció del ingreso base de liquidación, al cual se aplica para liquidar la mesada pensional, y por ello el IBL de las personas cobijadas por el régimen de transición se debían regir por la Ley 100/93 y no por el régimen anterior.

La Corte sostuvo los criterios anteriores aduciendo la violación del principio de igualdad por la norma acusada - porque conduce a transferir subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que por regla general pertenecen a un sector en mejores condiciones socio-económicas, e impone un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social - y declaró inexecutable las expresiones "durante el último año y por todo concepto", "Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal", contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión "por todo concepto", contenida en su parágrafo.

De acuerdo con esta segunda interpretación los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a una pensión equivalente al 75 % (monto) del promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio (IBL).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-078 de 2014, denegó el amparo solicitado por un ciudadano que alegó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia incurrió en causal de procedencia de tutela contra providencia judicial, al desconocer el régimen especial que se basa en el sistema de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se tomó como base para liquidar la pensión, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, y no el ingreso base de liquidación, que corresponde a lo devengado en el último año de servicio, tal y como lo disponen las normas especiales que rigen para las pensiones de los trabajadores de la extinta Telecom. Se apoyó esta sentencia de tutela en los parámetros de interpretación utilizados por sentencia C-258/13 frente a la norma mencionada.

El ciudadano afectado por la sentencia T-078 solicitó su nulidad ante la Sala Plena invocando la vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional en vigor de las Salas de Revisión.

Por auto 326 de 2014 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió denegar la petición de nulidad porque consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente, dado que antes de la Sentencia C-258 de 2013 no existía un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y a falta de dicha interpretación estaba permitida aquella que de



acuerdo con Constitución y la ley acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente justificada y aclaró las sentencias C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004 proferidas por la Sala Plena sobre el tema, ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y por ello el precedente aplicable al caso luego de la Sentencia C-258 de 2013 era el fijado en ésta.

Aseguró la Corte en esta providencia que "...el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna".

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia SU-230 de abril 29 de 2015, examinó los conceptos de precedente judicial y jurisprudencia en vigor y su carácter vinculante; así como la jurisprudencia de las Salas de Revisión previa a la Sentencia C-258/13 que establecían que el monto de la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100/93 era el previsto en el régimen anterior – en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado –; describió igualmente los fundamentos de la Sentencia C-258/13 que consideró que el IBL de dichas personas debía regirse por la Ley 100/93 y las sentencias T-078 de 2014 que por vía de tutela reiteró dicho criterio y del auto de Sala plena que negó la solicitud de nulidad en su contra. Describió igualmente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia para concluir que se identificaba con los criterios adoptados en la misma materia por el fallo de constitucionalidad mencionado y reiteró que éste constituía un precedente jurisprudencial obligatorio para todas las autoridades.

Así mismo, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó que **los derechos pensionales causados antes de la expedición de la expedición de la sentencia C-258 de 2013**, no son afectados por la interpretación consignada en ella.

Sin embargo, la Sentencia T-615/16 fue anulada por la Corte Constitucional, a solicitud de la UGPP, según consta en Auto 229 de diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente (E) José Antonio Cepeda Amarís, debido a que se estableció que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente de la Corporación surgido desde la sentencia C-168 de 1995 y materia de las sentencias C-258/13, SU/230/15, SU 405/16 y SU-210 de 2017 .

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso seguido por Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra CAJANAL En Liquidación, dentro del radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, sostuvo:

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición



92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"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".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **sub-reglas**:

94. La **primera sub-regla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- 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.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera sub-regla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

96. La **segunda sub-regla** 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 sub-regla 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.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "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". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

² Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]".



99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.

La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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

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

La Sala prohíja los criterios expuestos por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena, citados previamente, y los aplicará al caso concreto.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la Resolución 0010078 del 26 de agosto de 2011, por medio de la cual el Instituto de Seguros Sociales le reconoce la pensión de vejez de la accionante, teniendo en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación de los últimos 10 años de servicios, sin especificar qué factores salariales tuvo en cuenta para efectos de la liquidación (fs. 17 – 20).



- Copia de la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del SENA - Regional Bolívar, donde consta que la demandante laboró desde el 15 de febrero de 1974 hasta el 2 de octubre de 2011, desempeñando a la fecha de retiro el cargo de Instructor Grado 18 en el Centro de Comercios y Servicios (f. 78).

- Copia de la certificación suscrita por el Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del SENA - Regional Bolívar, donde constan que la demandante, en el periodo comprendido entre el 4 de julio de 2010 al 3 de julio de 2011, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, subsidio de alimentación, horas extras diurna y nocturnas, recargo nocturno, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por servicios prestados (f. 79).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

El artículo 36 de la Ley 100/93 estableció un régimen de transición para quienes a la entrada en vigencia de dicha ley hubieran cumplido 35 años de edad, si fueran mujeres, y 40 si fueran hombres; o 15 años de servicios.

De acuerdo con las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado descritas en el marco normativo y jurisprudencial, la norma anterior debe ser interpretada en el sentido de que a las personas beneficiarias del régimen de transición se les debe aplicar la Ley 33 de 1985, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y el monto o tasa de remplazo, entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión. Pero el ingreso base de liquidación - IBL -, debe calcularse de acuerdo con lo previsto en la Ley 100/93, pues este componente no fue sometido a transición. Y los factores que deben tenerse en cuenta en estos casos para liquidar la pensión son aquéllos sobre los cuales se hayan realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, que corresponden a los enlistados en el Decreto 1158/94.

En la sentencia apelada quedó establecido que la demandante estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y que el régimen previo a dicha ley era el establecido en la Ley 33/85 y 62/85, asuntos sobre los cuales el apelante no expresó inconformidad alguna.

La Resolución No. 0010078 de 26 de agosto de 2011, efectuó el reconocimiento de la pensión de la demandante y la liquidó con el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos diez años de servicios prestados; luego, la pensión fue reconocida aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto (tasa de remplazo); y el Ingreso



base de cotización que se tuvo en cuenta estuvo referido a los 10 últimos de servicios.

La liquidación descrita se ajusta a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/ adoptada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las sentencias que en esta oportunidad prohija la Sala.

No obstante, se resalta el hecho de que la resolución que reconoció la pensión a la demandante no especifica los factores salariales que tuvo en cuenta para el cálculo del IBL. Y ningún otro medio de prueba allegado al proceso da cuenta de ese detalle.

En todo caso, el A- que ordenó en la sentencia apelada que se reliquidara la pensión de jubilación de la demandante con inclusión de todos los factores devengados durante último año de servicios, entre ellos, el subsidio de alimentación, prima de servicio de junio, prima de servicio de diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, y al hacerlo violó el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Acto Legislativo No. 01 de 2005, puesto aplicó a la pensión de la demandante las reglas sobre ingreso base de liquidación de la Ley 33/85 y 62/85 (relacionadas con el último año de servicios), pese a que debió aplicar las previstas en la Ley 100/93, artículo 36 inciso tercero, que integra el IBL con lo cotizado durante los diez años de servicios en casos como los del actor.

Adicionalmente, ordenó tener en cuenta todos los factores devengados por el actor durante el último año de servicios, contrariando las disposiciones del Decreto 1158/94 y del Acto Legislativo 01/05, que autorizan liquidar la pensión únicamente con base en los factores salariales sobre los que se hubiere cotizado al sistema de seguridad social en pensiones.

Por lo anterior, se revocará el fallo apelado, mediante el cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En su lugar, se denegaran las mismas.

Costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

El numeral 4 ibídem señala que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

No obstante que en el presente caso se revocará la sentencia apelada por la demandada en su integridad, la Sala no le impondrá condena en costas al actor,



teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que sostenía este Tribunal con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respaldaba las pretensiones; de modo que el actor actuó bajo el convencimiento de que sus pretensiones podrían ser prósperas y por revocarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo condenar al demandante en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO. Revocar la sentencia apelada. En su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Sin condena en costas en ambas instancias.

TERCERO. En firme esta sentencia, devolver el expediente al Despacho de origen.

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE