

13-001-33-33-009-2017-00114-01

Cartagena de Indias D. T. y C, seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-009-2017-00114-01
<b>Demandante</b>	Analida Castilla Espinosa
<b>Demandado</b>	COLPENSIONES
<b>Magistrado Ponente</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras
<b>Tema</b>	Reliquidación de pensión de vejez

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida el 29 de junio de 2018, mediante la cual el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. LA DEMANDA (fs. 1 - 8).

#### a). Pretensiones.

La demandante formuló las siguientes:

**“PRIMERA:** Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Nulidad Parcial de la Resolución No. GNR 27978 del 06 de febrero de 2015, expedida por COLPENSIONES, por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación de la señora ANALIDA CASTILLO ESPINOSA, identificada con cédula de ciudadanía No. 45.429.056, efectiva a partir del 22 de marzo de 2012, en cuantía inicial de \$ 773.846, basada en 1367 semanas cotizadas, con un ingreso base de liquidación de \$1.031.795.00, con una tasa de reemplazo del 75%, en aplicación de la ley 33 de 1985, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

- Nulidad Total de la Resolución No. GNR 35562 del 02 de febrero de 2016, expedida por COLPENSIONES, por medio de la cual decidió negar la solicitud de reliquidación de la Pensión de Vejez de la señora ANALIDA CASTILLO ESPINOSA.

- Nulidad Parcial de la Resolución No. VPB 20369 del 03 de mayo de 2016, expedida por COLPENSIONES, mediante la cual se accedió parcialmente a la



13-001-33-33-009-2017-00114-01

*reliquidación de la Pensión de Vejez de la señora ANALIDA CASTILLO ESPINOSA, por razones diferentes a las de la petición de reliquidación formulada por la accionante mediante escrito radicado No. 2016\_2614727 del 15-03- 2016.*

**SEGUNDA.** - Como consecuencia de lo anterior y a manera de Restablecimiento del Derecho, solicito se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar lo siguiente:

- Reliquidación y con ello Reajuste de la Pensión de Vejez de la señora ANALIDA CASTILLO ESPINOSA, conferida por COLPENSIONES mediante resolución No. GNR 27978 del 06 de febrero de 2015, con la solicitud expresa que a la misma se le debe aplicar integralmente las Leyes 33 y 62 de 1985, normas concordantes y criterio jurisprudencial, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicios, así: sueldos, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios, bonificación por recreación, prima semestral, prima de navidad, dominicales y festivos, horas extras, incremento de antigüedad, vacaciones, prima de vacaciones, vacaciones en dinero y en general todas aquellas que constituyan salario.

- Indexación de la primera mesada pensional desde el 27 de agosto de 2003, fecha del último salario y retiro del servicio, hasta el 22 de marzo de 2012, fecha a partir de la cual 1 fue conferido el derecho a la pensión de vejez a la demandante, por haber cumplido la totalidad de los requisitos para adquirir la pensión de vejez respectiva.

- Que, en virtud a la reliquidación de la pensión, debido a la solicitud de inclusión de todos los factores salariales devengados por la petente en el último año de servicio y el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, se ordene el reconocimiento y pago del retroactivo pensional de los tres valores dejados de reconocer y pagar.

- Que se reconozca y pague intereses moratorios del mayor valor de las mesadas no reconocidas ni pagadas oportunamente, desde que se hicieron exigibles hasta cuando efectivamente se cancelen dichas diferencias.

**TERCERA:** Reconocer y pagar los reajustes anuales automáticos de ley correspondientes a la pensión de vejez, hasta cuando efectivamente sea incluido y actualice en nómina.

**CUARTA:** Indexación de todas las sumas de dinero que resulten de las condenas y demás derechos a que haya lugar en aplicación de la extra y ultra petita

**QUINTA:** Que se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho.

## **b). Hechos.**

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

Laboró para la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de Cartagena desde el 15 de octubre de 1976 hasta el 27 de agosto de 2003, en los cargos de Ayudante de Enfermería, nombrada mediante Resolución No. 267 del 15 de





13-001-33-33-009-2017-00114-01

diciembre de 1976, y Auxiliar de Enfermería de Quirófano, nombrada mediante Resolución No. 115 del 19 de abril de 1978, a partir del 1° de abril de 1978 y, por último, fue nombrada en el cargo de Auxiliar de Enfermería mediante Resolución No. 0205 del 29 de marzo del 1994, a partir del 1° de marzo de 1994.

Cotizó en calidad de empleada pública de la ESE Hospital Universitario de Cartagena por más de 27 años para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, inicialmente ante la Caja de Previsión Departamental de Bolívar, posteriormente denominada Fondo Departamental de Previsión Social del Departamento de Bolívar y, por último, al Instituto de Seguro Social.

Mediante Resolución No. GNR 27978 del 06 de febrero de 2015, COLPENSIONES reconoció su pensión de vejez, efectiva a partir del 22 de marzo de 2012, en cuantía inicial de \$ 773.846, basada en 1367 semanas cotizadas, con un ingreso base de liquidación de \$1.031.795.00, y una tasa de reemplazo del 75%, en aplicación de la Ley 33/85, por virtud del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100/93, pero no se incluyeron todos los factores salariales contenidos en la Ley 33/85 en concordancia con la Ley 62/85.

Adujo que se hizo acreedora del régimen de transición, porque cuando entró en vigencia la Ley 100/93 tenía más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio.

Presentó petición radicada con el No. 2015 - 11788946 del 04/12/2015, orientada a obtener la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, con fundamento en las Leyes 33/85 y 62/85 y en la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado; solicitud que fue resuelta de manera desfavorable mediante Resolución No. GNR 35562 del 2 de febrero de 2016, con el argumento de que los factores salariales para determinar la pensión son los establecidos en el Decreto 1158/94 y se computan de acuerdo con el artículo 21 de la ley 100/93.

Presentó recurso de apelación contra la decisión anterior, y mediante la Resolución No. VPB 20369 del 3 de mayo de 2016 la demandada revocó la resolución apelada, concediendo una reliquidación y reajuste de la pensión, pero por motivos y razones jurídicas diferentes a las de la solicitud de reliquidación, pues reajustó la pensión porque incluyó unos tiempos adicionales, pero no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.



13-001-33-33-009-2017-00114-01

### **c. Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante considera vulnerados los artículos 1, 2, 25, 29, 48, 53, 373 y concordantes de la Constitución Política; 36 de la Ley 100/93; 1 y 3 de la Ley 33/85; 45 del Decreto 1045/78; Ley 62/85; Decreto 1158/94; Ley 1437/11; y la sentencia del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010.

Adujo que cotizó a pensión hasta el 27 de agosto de 2003 y contaba con más de 27 años laborados, y como no contaba con el requisito de edad, su derecho a la pensión quedó en suspenso mientras cumplía los 55 años, lo cual ocurrió el 30 de agosto de 2012. No obstante, COLPENSIONES concedió el derecho pensional a partir del 1 de noviembre de 2013 y no a partir del 30 de agosto de 2012.

Se hizo acreedora del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100/93, situación aceptada por COLPENSIONES; sin embargo, de manera errada liquidó la pensión teniendo en cuenta el artículo 21 de la Ley 100/93, desconociendo el contenido de las Leyes 33/85 y 62/85, en concordancia con el criterio de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, relacionado con los factores salariales que integran el IBL de los empleados público.

COLPENSIONES fundamenta su negativa de incluir todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio en las sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, que consideraron que el IBL no fue objeto de la transición; por lo tanto, este aspecto debe regirse por la Ley 100/93, en concordancia con el Decreto 1158/94.

### **3.2. Contestaciones de la demanda (fs. 56 -62)**

La UGPP contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, en resumen, con los siguientes argumentos:

Los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades regladas deben tenerse por firmes, inamovibles y revestidos del valor de cosa juzgada, en pro y en contra de los administrados y de la autoridad que los profiere, principio este que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea por error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y hayan sido proferidos con maniobras dolosas o fraudulentas.



13-001-33-33-009-2017-00114-01

En este orden de ideas, las causales por las cuales es procedente declarar la nulidad de un acto administrativo serían las siguientes: violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

Transcribió el artículo 36 de la Ley 100/93 sobre régimen pensional de transición, y sostuvo que aquellas personas que al 1º de abril de 1994 cumplieran con alguna de las dos condiciones dispuestas por la norma (edad o tiempo de servicio cotizado), tienen derecho a que, para el reconocimiento de la pensión de vejez, se les tomen en cuenta los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.

Para determinar la norma que le resulta aplicable en virtud del aludido régimen de transición, si a la fecha señalada se encontraba vinculada; es decir, que no se había presentado ni reportado la novedad de retiro, le resulta aplicable lo previsto en el artículo 1º de la Ley 33/85, que establece que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

No es procedente acceder a la solicitud de reliquidación conforme lo pretende la interesada, como quiera que para efectuar la liquidación de las prestaciones que se encuentra en transición, se tomará en cuenta del régimen anterior la edad, el tiempo y el monto, entendido ése como la tasa de reemplazo, sin embargo para el cálculo del IBL, se tomará lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se hizo para el caso en concreto, el cual se efectuó con el tiempo que la hacía falta al 1 de abril de 1994 y los factores salariales consagrados en el Decreto 1158 de 1994.

### **3.3. Sentencia apelada (fs. 86 – 88 y 108 -113).**

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 29 de junio de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda, así:

*“PRIMERO: Declárase nulidad parcial de la Resolución No. GNR 27978 del 06 de febrero de 2015 mediante la se reconoció su pensión con base en lo devengado durante todo el tiempo cotizado; así como también la nulidad de la Resolución No. GNR 35562 del 02 de febrero de 2016, por medio de la cual reliquidó la pensión de la demandante y la Resolución No. VPB 20369 del 03 de mayo de 2016, la cual accedió a una pequeña reliquidación y reajuste de la*





13-001-33-33-009-2017-00114-01

*pensión de la demandante, para lo cual se aplicaron las reglas del Artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 1158 de 1994, mediante las cuales se reliquidó su pensión con base en lo devengado durante los últimos diez (10) años de servicio.*

**SEGUNDO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a COLPENSIONES, reliquidar la pensión de jubilación de la señora Analida Castillo Espinosa, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados por ésta, incluyendo, además de la asignación básica, los factores de auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados prima por antigüedad, prima de navidad y prima de vacaciones, prima semestral, a partir del 22 de marzo de 2012, fecha desde la cual se reconoce la pensión de jubilación.

**TERCERO:** CONDÉNASE a COLPENSIONES a que reconozca y pague a favor de la demandante, señora Analida Castillo Espinosa, las diferencias que se generen en las mesadas pensionales ya causadas, esto es, a partir de la inclusión de los nuevos factores de liquidación, según lo dispuesto en el numeral que antecede; pago que deberá realizarse debidamente indexado a partir del día 22 de marzo de 2012.

**CUARTO:** CONDÉNASE a COLPENSIONES a que, de no haberlo hecho, indexe la primera mesada pensional, con todos los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicios.

**QUINTO:** Las sumas de dinero que se han de reconocer por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES —COLPENSIONES, en virtud del cumplimiento de este fallo, serán ajustadas de acuerdo con la fórmula del índice inicial vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo, aplicando la respectiva fórmula mes por mes, por tratarse de una mesada pensional.

**SEXTO:** Del monto a reconocer, la entidad demandada deberá descontar los aportes parafiscales correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se efectuó.

**SÉPTIMO:** La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 189 y 192 del CPCA, en la forma que dispuso la Corte Constitucional en Sentencia C-188 de 1999. **OCTAVO:** Sin Costas. **NOVENO:** Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, sino es apelada dentro del término legal".

Para sustentar su decisión, EL Juzgado adujo que la demandante adquirió su estatus pensional el 22 de marzo de 2012, esto es, en vigencia de la Ley 100/93, y por ser beneficiaria del régimen de transición tiene derecho a pensionarse con el régimen anterior, es decir, con el contenido en la Ley 33/85.

Como la demandante se encuentra cobijada por el régimen de transición, punto que es pacífico entre las partes, el reconocimiento de la pensión debe realizarse teniendo en cuenta la edad, monto y tiempo de servicios para el reconocimiento de la prestación, señalados en la legislación anterior, ya que en virtud del principio de inescindibilidad de las normas laborales no resulta viable remitirse a



13-001-33-33-009-2017-00114-01

la regulación que sobre el ingreso base de liquidación y los factores salariales que deben ser incluidos en la misma, contempla el régimen pensional de que trata la Ley 100/93 y sus normas complementarias.

En ese orden, el ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante debe ser el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, tal como lo dispone el artículo 1° de la Ley 33/85, y en lo relativo a los factores salariales que deben incluirse en la base de liquidación, resulta aplicable el artículo 3° de la Ley 33/85, modificado por el artículo 1° de la Ley 62/85.

Esta decisión la apoya con la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual el artículo 1° de la Ley 62/85 no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, lo cual permite incluir otros que también fueron devengados por la trabajadora, previa deducción de los aportes que dejaron de efectuarse.

El certificado de haberes de la demandante expresa que devengó durante el último año de servicios, esto es, entre el 22 de agosto de 2002 y 22 de agosto de 2003, además de la asignación básica, auxilio de transporte, auxilio por alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, primas de navidad, prima semestral, prima de vacaciones y recargo nocturno, los cuales deben ser incluidos en la liquidación de su pensión, los cuales deben ser incluidos en la base de liquidación pensional.

### **3.4. Recurso de apelación (fs. 94 -95).**

La parte accionada apeló la sentencia de primera instancia, aduciendo que el régimen de transición respeta edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto de la pensión del régimen anterior, referido solamente a la tasa de reemplazo, como quiera que la intención del legislador fue impedir que el Ingreso base de liquidación de los regímenes anteriores tuviera efectos ultra-activos.

Los únicos factores salariales que se deberán 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, tal como lo estableció la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia SU-230/15.

No es procedente acceder a la solicitud de reliquidación, como lo pretende la interesada, porque para efectuar la liquidación de las prestaciones que se



13-001-33-33-009-2017-00114-01

encuentra en transición, se toma en cuenta del régimen anterior la edad, el tiempo y el monto, entendido ése como la tasa de reemplazo. Sin embargo, para el cálculo del IBL, se tomará lo dispuesto en el artículo 36 o 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años o el promedio de los aportado durante toda su vida laboral si éste fuere superior, siempre que tenga 1.250 semanas o más cotizadas.

### **3.5. Actuación procesal en segunda instancia.**

Mediante auto del 11 de junio de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 131), y por providencia de 1º de agosto de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 135).

**La parte demandante** no alegó de conclusión.

**La parte demandada** en sus alegatos reiteró, en resumen, lo manifestado en el recurso de apelación y en la contestación de la demanda (fs. 136).

**El Agente del Ministerio Público** no rindió concepto.

## **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia, sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar en segunda instancia la decisión que en derecho corresponda.

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia**

Es competente esta Corporación para conocer el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, por virtud del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

13-001-33-33-009-2017-00114-01

## **5.2. Problema jurídico**

Corresponde a este Tribunal establecer, de acuerdo con las pruebas que obren en el proceso, si la demandante, al ser beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100/93, tiene derecho a que se le reliquide su pensión, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengado en su último año de servicios.

## **5.3. Tesis de la Sala.**

La Sala estima que 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 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 anterior, 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, tal como lo exige el Acto Legislativo 01/05.

## **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, 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*



13-001-33-33-009-2017-00114-01

*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.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones, estaba regulado en la Ley 33 de 1985**, cuyo artículo 1º dispone:

**"Artículo 1.** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...).*

**Parágrafo 2.** Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

*Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.*

**Parágrafo 3.** En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"

El artículo 3 ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación; disposición que fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

**"Artículo 1o.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha



13-001-33-33-009-2017-00114-01

*Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

*En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcularlos aportes".*

#### **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.

Dicha contradicción se superó por parte del Consejo de Estado, en pronunciamiento, de la Sala Plena 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, donde 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**:



13-001-33-33-009-2017-00114-01

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 cubre 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 1989<sup>1</sup>. 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”.

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

---

<sup>1</sup> 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 [...]”.



13-001-33-33-009-2017-00114-01

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 en los fallos reseñados y por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena de los Contencioso Administrativo, citado previamente, y los aplicará al caso concreto.

## **5.5. Caso concreto**

### **5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.**

- Resolución N° RDP 27978 del 6 de febrero de 2015, por medio de la cual COLPENSIONES reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez a la demandante, efectiva a partir del 22 de marzo de 2012, en cuantía de \$ 773.846 (fs. 12 - 15).



13-001-33-33-009-2017-00114-01

- Copia de la Resolución No. GNR 35562 del 2 de febrero de 2016, por medio de la cual COLPENSIONES niega una solicitud de reliquidación de la pensión presentada por la demandante (fs. 24 – 27).

- Copia de la Resolución No. VPB 20369 del 3 de mayo de 2016, por medio de la cual COLPENSIONES resuelve un recurso de apelación interpuesto en contra la decisión anterior, y decide revocarla, y en su lugar re liquida la pensión de la demandante incluyendo nuevos tiempos de servicios (fs. 27 respaldo – 32).

- Copia de la certificación suscrita el 19 de agosto de 2016, por medio de la cual el Departamento de Bolívar hace constar que la demandante laboró al servicio de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, desde el 15 de octubre de 1976 hasta el 27 de agosto de 2003, desempeñando el cargo de Auxiliar de Enfermería; mediante Resolución No. 267 del 15 de septiembre de 1976 como Ayudante de Enfermería; mediante Resolución No. 26705 del 29 de enero de 1994 fue nombrada como Ayudante de Enfermería, y cotizó para la Caja de Previsión Social de Bolívar desde el 15 de octubre de 1976 hasta el 30 de junio de 1995, y al Instituto de Seguro Social desde el 1º de julio de 1995 hasta el 27 de agosto de 2003 (f. 39).

- Copia de la certificación suscrita el 19 de agosto de 2016 por el Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental, en la que hace constar los factores salariales devengados por la demandante desde enero de 2001 hasta el 27 de agosto de 2003 (f. 40).

- CD de antecedentes administrativos aportados por la parte demandada.

### **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



13-001-33-33-009-2017-00114-01

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. El Decreto 1158/94 regula los factores que integran el ingreso base cotización.

No es objeto de discusión que la demandante estaba amparada 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 en el presente caso era el establecido en el Ley 33/85, además que a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 le faltaban mas de 10 años para adquirir su estatus de pensionada.

Se encuentra acreditado en el proceso que COLPENSIONES le reconoció a la demandante su pensión mediante la Resolución N° RDP 27978 del 6 de febrero de 2015, para lo cual dio aplicación al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93 y reconoció la pensión del demandante con el 75% de promedio de lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta como factores salariales establecidos en el artículo 1 del Decreto 1158/94 (fs. 12 - 15).

Además, mediante Resolución VPB 20369 del 3 de mayo de 2016, COLPENSIONES al resolver un recurso de apelación interpuesto como una decisión de negar la solicitud de reliquidación de la pensión de la demandante, decidió revocar el acto administrativo de reconocimiento pensional y, en su lugar, reconoció la pensión con la inclusión de nuevos tiempos de servicios, y teniendo en cuenta el 75% de del promedio de lo devengado por la demandante durante los 10 últimos años de servicios, y con los factores salariales establecidos en el artículo 1° del Decreto 1158/94 (fs. 27 respaldo – 32).

Al examinar el contenido de las resoluciones anotadas, se advierte que las mismas señalan haber tenido en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto (tasa de reemplazo), previstos en La Ley 33/85; y que el ingreso base de liquidación estuvo referido a los 10 últimos años de servicios, en aplicación del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100/93; adicionalmente que la base de cotización se integró con los factores salariales previstos en el Decreto 1158/94, todo ello conforme a la interpretación que de dicha norma ha adoptado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las sentencias de unificación que en esta oportunidad prohija la Sala.





13-001-33-33-009-2017-00114-01

Como la legalidad y la veracidad de los actos administrativos acusados se presumen, la Sala tiene por cierto que, como ello expresan, los factores salariales tenidos en cuenta para liquidar la pensión de la demandante son los contenidos en el Decreto 1158/94.

Luego correspondía a la parte demandante, si pretendía desvirtuar dicha legalidad y veracidad, asumir la carga de la prueba para demostrar que cotizó al sistema de seguridad social en pensiones sobre factores distintos a los tenidos en cuenta por la parte demandada para integrar la base de liquidación pensional; carga que no cumplió, pues ninguna prueba se allegó al proceso para demostrar que cotizó sobre factores salariales distintos a los previstos en el Decreto 1158/94.

Así las cosas, la demandante no demostró tener derecho a que su pensión sea liquidada con todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios, y por ello revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, denegará las pretensiones de la demanda.

**- Condena en costas.**

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

En el presente caso se revocó totalmente la sentencia apelada, por lo cual en principio procedería la condena en costas contra la demandante en las dos instancias.

No obstante, la Sala se abstendrá de imponerle dicha condena, teniendo en cuenta que para la fecha en que se presentó la demanda, la tesis que sostenía este Tribunal con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respaldaba sus pretensiones; de modo que el demandante actuó bajo el convencimiento de que serían prósperas.

Dado que la falta de prosperidad de la demanda se produjo con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación y del Consejo de Estado, 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,





13-001-33-33-009-2017-00114-01

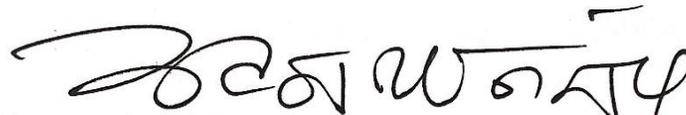
**VI.- FALLA**

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

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en ambas instancias.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS**  
Magistrado

  
**MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ**  
Magistrado

  
**DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN**  
Magistrada