

13001-23-33-000-2015-00322-00

Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

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

<b>Medio de Control:</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicación:</b>	13001-23-33-000-2015-00322-00
<b>Demandante:</b>	Colombia Esperanza Aduén Bray
<b>Demandado:</b>	Colpensiones
<b>Asunto</b>	Reliquidación de pensión de jubilación
<b>Magistrado Ponente:</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a emitir fallo de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

## III. ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda (fs. 1-19).

#### 3.1.1. Pretensiones.

La señora Colombia Esperanza Aduén Bray, mediante apoderado judicial, presentó demanda contra Colpensiones, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

*“1. Que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones GNR No. 323531 del 28 de noviembre de 2013, por la cual se reconoce y ordena una pensión mensual vitalicia de vejez, la Resolución GNR No. 320755 de 15 de septiembre de 2014, por la cual se resuelve recurso de reposición contra la Resolución GNR No. 323531 del 28 de noviembre de 2013, y la Resolución VPB No. 4695 del 27 de enero de 2015, por la cual se resuelve el recurso de apelación y se modifica la Resolución GNR No. 323531 del 28 de noviembre de 2013. (...).*

*2. Como consecuencia de dicha nulidad, se ordene el restablecimiento del derecho de mi ahijada de la siguiente forma:*

*a). Que se ordene el reconocimiento y pago a mi poderdante Colombia Esperanza Aduén Bray, la pensión de vejez, de acuerdo con el régimen en Colombia para los señores Diputados en las Asambleas Departamentales, Ley 6 de 1945, la que debe ser liquidada en debida forma, con los factores salariales establecidos en las normas aplicables y con base en los precedentes judiciales vigentes.*

*b). Que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar a mi poderdante, las mesadas desde el mismo momento de la causación del derecho los adicionales a que tiene derecho, hasta que sea*

13001-23-33-000-2015-00322-00

*efectivamente reconocido y pagado, sumas de dinero que solicito sean expresamente reconocidas y pagadas indexadas y con rigor y con los intereses legales que señala el artículo 141 de la Ley 100/93, pues el aumento anual no cubre el índice de devaluación.*

4. *Que se ordene que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento...en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA*

8. *Que se condene en costas a COLPENSIONES, incluyendo las agencias en derecho correspondientes al abogado gestor (...)*”.

### 3.1.2. Hechos

Para sustentar fácticamente la demanda el accionante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Laboró por más de 20 años en varias entidades del sector público, así: en Hernández y Asociados LTDA – del 16 de febrero de 1978 al 28 de mayo de 1978 –, y aportó al ISS; en JUANAUTOS LTDA – del 2 de abril de 1979 al 30 de diciembre de 1979 – y aportó al ISS; en Carvajal S.A. – del 16 de enero de 1980 al 31 de agosto de 1982 – y aportó al ISS; en la Alcaldía Municipal de El Carmen de Bolívar – del 9 de abril de 1984 al 31 de julio de 1988 – y aportó al municipio; en la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias – del 23 de noviembre de 1988 al 30 de junio de 1990 – del 5 de febrero de 1993 al 28 de enero de 1994 – y aportó a la Caja de Previsión del Distrito de Cartagena; y en la Contraloría General de la República - del 4 de noviembre de 1992 al 8 de febrero de 1993 - aportando a CAJANAL.

Igualmente, laboró en la Asamblea Departamental de Bolívar, así:

Del 10 de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1996 aportó en el Fondo de Previsión Social del Departamento de Bolívar; a partir del 1 de julio de 1995 fue trasladada al ISS. Cargo Secretaria General.

Del 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2000 aportó al ISS en el cargo de Diputada.

Del 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003 aportó al ISS en el cargo de Diputada.

Del 15 de septiembre de 2005 al 31 de diciembre de 2007 aportó al ISS en el cargo Diputada.

13001-23-33-000-2015-00322-00

Del 1o de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011 aportó al ISS en el Cargo de Diputada.

Del 1 de enero de 2012 hasta la fecha de presentación de la demanda se desempeñaba como diputada y hacía cotizaciones a COLPENSIONES.

Agregó que cumple con el tiempo mínimo de servicios requerido para adquirir el derecho a la pensión por vejez, toda vez que reporta 26 años, 10 meses y 15 días de servicio en diferentes entidades, lo que equivale a 9.675 días; es decir, 1.382,14 semanas, contadas hasta el 30 de marzo de 2015 y, al haber nacido el día 26 de septiembre de 1955, tiene más de 50 años de edad, por lo que tiene el status pensional, tal y como se desprende de la Ley 6 de 1945.

Agregó que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que a la entrada en vigencia de dicha norma contaba con 39 años de edad, 3 meses y 4 días, siendo aplicable como disposición anterior la Ley 6 de 1945, por haber laborado en entidades del sector público por más de 20 años.

Por lo anterior, Colpensiones reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de vejez a su favor mediante Resolución GNR No. 323531 de 28 de noviembre de 2013, aplicando una norma diferente a la solicitada, toda vez que aplicó la Ley 71 de 1988, y en aplicación del régimen de transición, para establecer el IBL, aplicó el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, promediando los últimos 10 años, con los factores de salarios contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

Inconforme con la decisión anterior, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos mediante Resolución GNR No. 320755 del 15 de septiembre de 2014 y Resolución VPB No. 4695 del 27 de enero de 2015, mediante la cual se modificó la resolución recurrida, en el sentido de ordenar la reliquidación de la pensión por haberse incurrido en un error aritmético; así mismo, aplicó la Ley 33 de 1985, no obstante, aplica el Decreto 1158 de 1994 para determinar el IBL, dejando suspendido su ingreso a nómina hasta tanto acredite la fecha de retiro del sistema, sin analizar el parágrafo 1º del artículo 28 de la ley 617 de 2000.

13001-23-33-000-2015-00322-00

### 3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

El accionante afirmó que al expedir los actos administrativos acusados, Colpensiones violó los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 53, 58 y 83 de la Constitución Política; Ley 6 de 1945, Decreto 1160 de 1989, artículo 10; Ley 100 de 1993, artículos 21, 36 y 150; y Decreto 1045 de 1978, artículo 45.

Manifestó que tiene derecho a que se reconozca su pensión de vejez debidamente liquidada y con los factores establecidos en la Ley 6 de 1945 y demás normas que la reglamentan y adicionan, en consideración a que la competencia de la administración es reglada; y por ello tenía que sujetarse a las normas que regulan estas situaciones; utilizar los procedimientos determinados en la ley; y expedir el acto debidamente motivado; es decir, aplicando el artículo 37 superior, lo cual no hizo, vulnerando la garantía del debido proceso.

Señaló que también se violó el artículo 58 constitucional, toda vez que no le están reconociendo su pensión de vejez de acuerdo con el régimen especial contemplado para los Diputados en Colombia; es decir, la Ley 6 de 1945, tal como viene señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Agregó que la demandada incurrió en falsa motivación, al interpretar equivocadamente la norma aplicable para reconocer su derecho pensional y la forma de liquidación.

En efecto, el IBL, debe estar sustentado con lo que realmente ha sido cotizado por el trabajador, pero en este caso la Asamblea Departamental de Bolívar descontó lo correspondiente por aportes a la seguridad social, y la demandada omitió incluir en el IBL algunos factores de salario que realmente devengaba.

Reiteró que se le ha aplicado una disposición legal que no le corresponde, pues se hizo caso omiso sobre la condición laboral que ostenta como Diputada en la Asamblea Departamental por varios periodos, y le concedió la pensión, sin considerar que hay una norma más beneficiosa.

Señaló que el Consejo de Estado ha reiterado que el marco legal aplicable a los diputados está contenido en el artículo 299 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el acto legislativo No. 1 de 1996, también modificado por el artículo 3 del Acto legislativo No. 1 de 2007, que expresa : *“Los miembros de la Asamblea Departamental tendrán derecho a una*

13001-23-33-000-2015-00322-00

*remuneración durante las sesiones correspondientes y están amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fije la ley".*

El régimen legal aplicable laboralmente a los diputados es el contenido en la Ley 6 de 1945, por considerar que no se ha expedido el régimen prestacional especial señalado en el artículo 299 de la Constitución, pues así quedó establecido en las Leyes 48 de 1962, en el artículo 7 que dice: "*los miembros de las asambleas departamentales gozan de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6 de 1945 y en las disposiciones que la adicionen o reformen*".

Finalmente, manifestó que los factores salariales que deben tenerse en cuenta en su caso, los establecidos en el Decreto 1075 de 1978 y no los del Decreto 1158 de 1994.

### **3.2. Contestación. (fs. 68-78).**

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

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 cumplían 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 a la demandante en virtud del aludido régimen de transición, se debe establecer si en la fecha de entrada en vigencia se encontraba vinculada al cargo de disputada o había presentado o reportado la novedad de retiro, caso este en el cual le resulta aplicable lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que establece que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% de los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

13001-23-33-000-2015-00322-00

El peticionario se encuentra cobijado por el régimen de transición, pues adquirió el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993; y para estos beneficiarios, la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, así como el monto de la pensión, serán los establecidos por el régimen anterior al cual se encuentre afiliados. Pero la liquidación de la pensión, así como los factores que deben tenerse en cuenta, son los establecidos por la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Agregó que no hay lugar al pago de intereses de mora, porque la indexación en el caso de los incrementos pensionales no es de recibo legal ni jurisprudencial, ya que el sistema opera pagando con aumentos continuos y año a año (de manera vitalicia). Igual ocurre con los intereses de mora (sic).

Propuso como excepciones decaimiento de los actos acusados por pérdida de fuerza ejecutoria, improcedencia de los intereses moratorios, prescripción, buena fe, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, y la genérica.

### 3.3. Trámite

La demanda se admitió mediante auto de 3 de agosto de 2015 (f. 52); el 15 de abril de 2016 se corrió traslado de las excepciones presentadas por la demandada (f. 89); mediante auto de 8 de noviembre de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 93); y el 24 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia y se decretó de oficio, requerir a la demandada el envío del expediente administrativo, el cual fue allegado el 1º de diciembre de 2016 (f. 105) y se corrió traslado de dicha prueba el 14 de diciembre de 2016 (f. 106).

#### 3.3.1. Alegatos.

Mediante auto de 10 de febrero de 2017, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (f. 108).

**La parte demandada** presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda (fs. 112-113), **La parte demandante** presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la demanda (fs. 114-118); y el **Agente del Ministerio Público**, rindió concepto y solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, toda vez que debe darse aplicación a la sentencia de la Corte Constitucional C-258/2013, sobre aplicación del régimen de transición (fs. 119-126).

#### 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 proferir fallo de primera instancia.

#### V.- CONSIDERACIONES

##### 5.1. Cuestiones procesales previas sobre las excepciones propuestas

La apoderada de la demandada alegó decaimiento de los actos acusados, improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, y la genérica y aunque adujo que se trataba de excepciones, en estricto rigor procesal no son tales, pues no constituyen hechos nuevos con la aptitud de enervar las pretensiones de la demanda, sino razones de defensa que deben ser examinadas por la Sala al momento de abordar el estudio de fondo de la demanda, como en efecto lo hará.

La prescripción de las mesadas pensionales alegada igualmente por la demandada, sí constituye una excepción que debe ser estudiada y decidida una vez se establezca que el accionante tienen o no derecho al reajuste reclamado.

##### 5.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si la demandante tiene derecho al reajuste de su pensión de vejez, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, de acuerdo con la Ley 6ª de 1945 aplicable a los Diputados de las Asambleas Departamentales; es decir, incluyendo el pago de prima de servicio, prima de vacaciones y prima de navidad; o, si por el contrario, le fue liquidada en debida forma su pensión, como lo señala la entidad demandada.

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

La demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama; en primer lugar, porque no le es aplicable la Ley 6ª de 1945, toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 no había sido Diputada, sino que venía sometida al régimen de Ley 71 de 1988, por haber cotizado a distintas Cajas y Fondos de Previsión Social.

13001-23-33-000-2015-00322-00

Tampoco demostró que sobre los factores salariales reclamados hubiera realizado aportes o cotizaciones.

#### 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 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*



13001-23-33-000-2015-00322-00

*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 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".*

No obstante, a los Diputados, le era aplicable un régimen excepcional, previsto en la Ley 6ª de 1945.

En efecto, la Ley 6ª de 1945 "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y

13001-23-33-000-2015-00322-00

*jurisdicción especial de trabajo*”, en su artículo 17, literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, así:

“**ARTÍCULO 17.** Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: (...)

a) Auxilio de cesantía (...).

b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes.

La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.

**ARTÍCULO 29.-** (Modificado por la ley 24 de 1947, art. 1) Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales que se formen con aporte de varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.

Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante todo el tiempo de servicio. Modificado Artículo 3 [Ley 5 de 1969] [Ley 65 de 1946].

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, así:

“**ARTICULO 4o.** A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Por otro lado, el Decreto 1045 de 1978 “*Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional*”, establece en el artículo 45, lo siguiente:



13001-23-33-000-2015-00322-00

**ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968".

Sobre el régimen pensional aplicable a los diputados de las asambleas departamentales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 17 de noviembre del 2016, expediente: 080012331000200800069-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, lo siguiente:

**“Régimen prestacional y de seguridad social de los diputados.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 299 de la Constitución Política, los diputados están cobijados por un régimen de seguridad social en los términos que fije la ley; en desarrollo de tal mandato constitucional, la Ley 617 del 2000<sup>3</sup>, en su artículo 29 señaló que ellos se encuentran sujetos al régimen de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, debe considerarse que los diputados sujetos a la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservan el



13001-23-33-000-2015-00322-00

régimen de prestaciones e indemnizaciones previsto para los demás servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen, según lo dispuesto en la Ley 48 de 1962<sup>4</sup> y los Decretos 1723 de 1964<sup>5</sup> y 1222 de 1986<sup>6</sup>.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, mediante concepto nro. 1.700 del 14 de diciembre de 2005, M.P. Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, se pronunció en el siguiente sentido:

*“En conclusión, hasta tanto el legislador se pronuncie, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 299 de la Constitución Nacional el régimen prestacional de los Diputados es el establecido en la ley 6 de 1945, con las modificaciones introducidas en materia de seguridad social por la ley 100 de 1993, que es ley derogatoria de los regímenes generales y especiales de pensiones, **razón por la cual en esta materia la ley 6 sólo es aplicable a los Diputados en los términos del régimen de transición, o sea del artículo 36 de la ley 100...**”.*

En este mismo sentido, se pronunció la Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 27 de julio del 2011, dentro del radicado 23001-23-31-000-2005-00770-03 (0211-11), M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

En cuanto a la liquidación de las pensiones de jubilación e invalidez y demás prestaciones de los miembros de las Asambleas departamentales, el artículo 10 del Decreto 1723 de 1964, dispuso:

**“ARTÍCULO 10. En la liquidación de la pensión de jubilación o de invalidez y demás prestaciones sociales de los miembros del congreso, de las Asambleas Departamentales, del Presidente de la República, de los Ministros del Despacho y del Contralor General de la República, se computarán no solamente los sueldos y las dietas, sino también los gastos de representación y cualquier otra asignación de que ellos gozaren o hubieran gozado.”** (Negrilla y resaltado fuera del texto original).

Las normas anteriores consagran el derecho a la pensión de jubilación a favor de los diputados, al llegar a los 50 años de edad y 20 años de servicio; así como el cómputo de un año calendario por la asistencia a las sesiones ordinarias y extraordinarias, o la proporción correspondiente, si no asistió a todo el período de sesiones, y la inclusión no solamente de los sueldos y las dietas, sino también de los gastos de representación y cualquiera otra asignación de que ellos gozaren o hubieren gozado en la liquidación de la misma.

Ahora bien, sobre la forma de computar el tiempo de servicios de estos servidores públicos, la Ley 5ª de octubre 13 de 1969<sup>7</sup>, determinó lo siguiente:

*“Art. 3º. (...) Para efectos de la jubilación precedente las sesiones ordinarias y extraordinarias de esas corporaciones en cada legislatura anual se computarán en materia de tiempo y de asignaciones como si el Congresista o Diputado hubiese servido los doce meses del respectivo año calendario y hubiese percibido durante cada uno de dichos doce meses idénticas asignaciones mensuales a las devengadas en el tiempo de sesiones...”*

13001-23-33-000-2015-00322-00

De lo anterior, es claro que se autoriza para efectos de la liquidación pensional, computar las sesiones ordinarias o extraordinarias en las asambleas, como un año de servicios, tomando idénticas asignaciones durante los doce meses.

De acuerdo con las normas anteriores, es de concluir que el régimen prestacional de los diputados era el previsto para los servidores públicos en la Ley 6 de 1945."

#### 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"*

No obstante, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso 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**

13001-23-33-000-2015-00322-00

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

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 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,

<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 [...]”.



13001-23-33-000-2015-00322-00

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 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.

De acuerdo con las normas y jurisprudencia transcrita, es claro que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100/93 perdió vigencia régimen especial

13001-23-33-000-2015-00322-00

de los diputados y que éstos quedaron sometidos a las reglas de dicho régimen general, a menos que se encontraran dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem, a quienes se les aplican las reglas prevista en dicha jurisprudencia.

## 5.5. Caso concreto

### 5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Resolución N° GNR 323531 de 28 de noviembre de 2013, proferida por COLPENSIONES, *“Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual de vejez”*, para lo cual se aplicó la Ley 71 de 1988 y, para efectos de liquidar la pensión se tuvo en cuenta el 75% de los factores salariales establecidos en el artículo 1° del Decreto 1158/94, durante los últimos 10 años de servicio (fs. 21-30).
- Resolución N° GNR 320755 de 15 de septiembre de 2014, mediante la cual COLPENSIONES resuelve un recurso de reposición y se *modifica* la resolución anterior en lo atinente al monto de la pensión (fs. 32-36).
- Resolución N° VPB 4695 del 27 de enero de 2015, mediante la cual COLPENSIONES resuelve un recurso de apelación y, se modifica la Resolución N° GNR 323531 de 28 de noviembre de 2013, aplicando la Ley 33/85 y aumentando el monto de la pensión, supeditada a la acreditación del retiro definitivo del servicio (fs. 37-41).
- Certificación suscrita por el Secretario General de la Asamblea Departamental de Bolívar el 10 de marzo de 2015, mediante la cual hace constar que la demandante devengó en los años 2005 - 2015, salario, salario sesiones extras, prima de navidad, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones (fs. 43-47).
- Certificación suscrita por el Secretario General de la Asamblea Departamental de Bolívar el 10 de marzo de 2015, mediante la cual hace constar que en los años 2005 - 2015, se le realizaron aportes a seguridad social (fs. 48-49).
- CD de antecedentes administrativos (f. 105), en cual obra, entre otros documentos, la Resolución GNR 91754 de 31 de marzo de 2016, *“Por medio de la cual se reliquida una pensión de jubilación y se ordena la inclusión en nómina de una pensión de vejez”* (GEN-ANE-CM-2016\_2416003-20160404113625).

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

### 5.5.2.1. Del régimen aplicable a la demandante.

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.

En el presente caso, la demandante reclama que a su pensión se aplique la Ley 6ª de 1945, con la inclusión de los factores salariales que establece el artículo 45 del Decreto 1045/78.

De conformidad con las pruebas allegadas al expediente la demandante **no tiene derecho a la aplicación del régimen pensional especial aplicable a los Diputados**, porque está probado que el 1º de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100/93, tenía 38 años de edad y 10 años de servicio, por lo que en consideración a la edad estaba sometida a régimen de transición.

Pero el régimen al que estaba sometido antes de la Ley 100/93 no era el de los Diputados, sino el general previsto en la Ley 71 de 1988<sup>2</sup>, puesto que había hecho aportes tanto como trabajadora particular como empleada pública, y no había tenido nexo alguno como Diputada de la Asamblea Departamental de Bolívar.

Luego, si la demandante no había tenido la condición de diputada antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, entonces no tenía derecho a que se aplicara a su caso régimen especial previsto en la Ley 6ª de 1945 para los miembros de las asambleas departamentales.

Solo en 1998, después de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, fue elegida como Diputada del Departamento de Bolívar, y mantuvo dicha vinculación hasta 2015. Por lo tanto, se debió aplicar a su caso el régimen de

---

<sup>2</sup> **Artículo 7 .- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales**, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas. Ver: artículos 4, 19 y ss. Decreto Nacional 1160 de 1989 Lo relacionado con pensión de jubilación por aporte.

13001-23-33-000-2015-00322-00

transición que estaba vigente en la fecha en que entró en vigencia la referida ley, que no era otro que el contenido en la Ley 71/88.

La situación de la demandante no encuadra dentro de los supuestos normativos para que se aplique a su caso el régimen pensional especial de los diputados.

La Sala no establecerá consecuencias en este proceso a la circunstancia de que la demandada hubiera aplicado a la demandante la Ley 33/85, posiblemente por razones de favorabilidad frente a la Ley 71/88, porque no hace parte del marco de la litis.

**- Factores salariales que se deben tener en cuenta para ingreso base de liquidación en el presente caso.**

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 el régimen anterior, 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 aquellos sobre los cuales se hayan realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones.**

Se encuentra acreditado en el proceso que la pensión de la demandante fue reconocida aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 71 de 1988; en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo), previstos en dicha ley; que el Ingreso base de cotización que se tuvo en cuenta estuvo referido a los 10 años anteriores a la prestación del servicio, en aplicación del artículo 21 de la Ley 100/93; no obstante, no se especifica que factores fueron tenidos en cuenta para efectos de la liquidación, pues solo se señala que se tuvieron en cuenta los establecidos en el artículo 1º del Decreto 1158/94.

Así mismo, está acreditado que, al resolver el recurso de apelación, la demandada citó la Ley 33 de 1985, como norma aplicable, pero tampoco se especificó que factores se tuvieron en cuenta para efectos de la liquidación.

13001-23-33-000-2015-00322-00

De acuerdo con la certificación expedida por el Secretario General de la Asamblea Departamental de Bolívar de 10 de marzo de 2015, la demandante devengó en los años 2005 - 2015, salario, salario sesiones extras, prima de navidad, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones (fs. 43-47).

En el presente caso, la demandante pretende que se le incluya la prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicio; sin embargo, el Secretario General de la Asamblea Departamental de Bolívar, mediante certificación de 10 de marzo de 2015, hace constar que en los años 2005 - 2015, se realizaron aportes a seguridad social, pero no señala sobre cuales factores, aunque dicho documento permite inferir a las Sala que solo fue sobre el salario devengado por la demandante en el respectivo año que se certifica, pues a modo de ejemplo, la demandante en el 2010, percibió por concepto de salario \$12.875.000 y fue el mismo valor que se tomó como base de cotización. Igual circunstancia pasa con los años 2011 a 2015 (fs. 43-47).

Así las cosas, no era posible incluirle a la demandante en su pensión los demás factores salariales devengados el último año de servicios (prima de navidad y prima de vacaciones), puesto que los mismos no hacen parte del ingreso base de cotización previsto en el Decreto 1158/94; y no se aportó al proceso prueba alguna de que se hubieran efectuado cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones con base en los mismos.

Con relación a la prima de servicio reclamada, ni siquiera se demostró en el proceso que hubiera sido devengada por la demandante.

Como no se logró demostrar que se hubieran realizado cotizaciones sobre los factores salariales reclamados por la demandante, no es posible concluir que los actos administrativos demandados se encuentren falsamente motivados, o que violaran las normas jurídicas señaladas en la demanda; por lo cual se negaran las pretensiones.

#### **5.6. Condena en costas.**

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA, el cual 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.

13001-23-33-000-2015-00322-00

No obstante que en el presente caso la parte demandante resulta vencida en esta instancia, la Sala no le impondrá condena en costas, 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 demandante actuó bajo el convencimiento de que sus pretensiones podrían ser prósperas.

Dado que la falta de prosperidad de la demanda se produjo 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

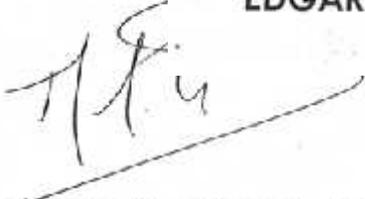
**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda.

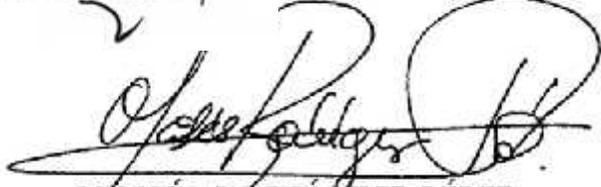
**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

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

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE Los Magistrados

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ