



Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-002-2017-00088-01 ✓
Demandante:	Ángela María Narváez Pérez
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 demandante contra la sentencia de 04 de junio de 2018, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA (fs. 3 – 7)

a) Pretensiones

La señora Ángela María Narváez Pérez 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 la COLPENSIONES, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Declárese nulo los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 0009424 del 18 de junio de 2010 y del acto administrativo GNR 166007 del 7 de junio de 2016, que se desprende de la petición de fecha 18 de abril de 2016 y el acto administrativo GNR 2337728 del 9 de agosto de 2016 que negó el recurso de reposición y en subsidio de apelación, en lo referente a la liquidación indebida en el valor de la pensión de vejez del demandante, sin que ello implique renuncia a la pensión que viene reconocida.

2. Se condene a título de restablecimiento del derecho que la entidad (...) COLPENSIONES, proceda a reliquidar la pensión de vejez reconocida a mi poderdante (...) mediante Resolución No. 0009424 del 18 de junio de 2010, emitida por el ISS en liquidación, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y el 75% como lo manifiesta la Ley 33 de 1985.

3. Se condene a título de restablecimiento del derecho que la entidad (...) COLPENSIONES, pague a la demandante (...) el retroactivo causado en relación a las diferencias en cada una de las mesadas luego de incluir para su liquidación los factores salariales del último, desde la fecha en que se hizo efectiva la pensión y hasta la fecha en que se produzca la sentencia, incluidas las mesadas adicionales y los intereses moratorios.



4. Se condene a la demandada al pago de las costas y gastos procesales.

5. Se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del art. 189 de la Ley 1437 de 2011, aplicando los reajustes y la indexación desde la primera mesada pensional. Si la entidad no hiciera el pago en forma oportuna se ordenaran el pago de interés moratorio en los términos del artículo 192 de la misma Ley.

b) Hechos.

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

Mediante Resolución No. 0009424 del 18 de junio de 2010, el extinto I.S.S. le reconoció una pensión vitalicia de jubilación, con el 75% de la asignación básica devengada en los 10 últimos años de servicios.

Manifestó que dicha pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, tales como asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima proporcional de vacaciones, bonificación proporcional de recreación y compensación de vacaciones.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 1, 2, 48 y 53 de la Constitución Política, 42 y 45 del Decreto 1042/78; 45 del Decreto 1045/78; 1 y 3 de la Ley 33/85 y 1º de la Ley 6º/85.

Adujo que los actos acusado afectan el derecho a la seguridad social al negar la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, los cuales conforman su base pensional.

Dichos actos desconocen el pronunciamiento del Consejo de Estado según el cual los factores salariales contenidos en la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85, son meramente enunciativos y no taxativos, y que por ello se debe acudir a los mandatos de primacía de la realidad sobre las formas, e incluirlos en la base liquidación pensional.

3.2. Contestación (fs. 70 – 75).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a derecho, porque dispuso la liquidación de la pensión de la demandante, en aplicación de la Ley 33/85, 100/3, 797/03 y el Acto Legislativo 01/05.

Alegó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C- 258/13 y SU-230/15), coincide con la de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que el beneficio derivado del régimen de transición consiste en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo y que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36 de la Ley 100/93.

La interpretación hecha en la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, va en contravía del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, que establece como principio constitucional la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

De conceder las pretensiones de la demanda se tipificaría una transgresión al principio de sostenibilidad presupuestal, consagrado en el artículo primero de del Acto Legislativo 1 de 2005, principio que llama a la cordura y a la razonabilidad del sistema presupuestal, ya que debe existir coordinación entre los emolumentos y los egresos.

Los factores salariales que deben tenerse en cuenta para integrar el ingreso base liquidación de las personas sometidas a régimen de transición son los previstos en el Decreto 1158/94, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado aportes al sistema de seguridad social.

3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 87 – 88).

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 4 de junio de 2018, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida.

Para sustentar su decisión manifestó que acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en la materia, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, tiene un beneficio consistente en aplicar de manera ultractiva el régimen al que se encontraba antes de la expedición de la Ley 100/93, peros solo en lo referente a los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

De acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Decreto 1158/94 los factores que el demandante pretende incluir en IBL no hacen parte del ingreso base de cotización y por ello se deben denegar las pretensiones de reliquidación pensional.

3.4. Recurso de apelación (fs. 96 – 99).

La parte demandante manifestó que el problema jurídico se centra en determinar si el ingreso base de liquidación de la pensión está o no cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93.

El A-quo no tuvo en cuenta la Sentencia SU del 4 de agosto de 2010, emitida por el Consejo de Estado, que unificó jurisprudencia en el sentido de señalar que el IBL regulado por la Ley 33/85 hacía parte del régimen de transición y, en consecuencia, tanto los factores salariales como el tiempo de servicios que debieron considerarse para liquidar la pensión eran los establecidos en el régimen anterior.

La Corte Constitucional en sentencia T- 615 de 2016, manifestó que el precedente adoptado en las sentencias C 258/13 y SU 230/15, no le era aplicable para las personas que le hubiesen consolidado su derecho pensional antes de la expedición de dichas sentencias y como su derecho se consolidó antes de ellas, tiene derecho a que le liquide su pensión incluyendo en el IBL lo devengado en el último año de servicios.

- Actuación procesal en segunda instancia.

Mediante auto del 2 de mayo de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (**f. 136**), y por providencia de 26 de junio 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. 140**).

La parte demandada presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda (**fs. 144 - 145**).

La parte demandante no presentó alegatos 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, el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

5.3. Tesis del Despacho

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 régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y



13-001-33-33-002-2017-00088-01

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.

A la entrada en vigencia de la Ley 100/93 la demandante contaba con 41 años de edad, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93.

5.4.2. Régimen pensional aplicable al caso concreto

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

"ARTÍCULO 1o. 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 2o. 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 3o. 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 3º ibídem estableció la forma como se liquida la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:



13-001-33-33-002-2017-00088-01

"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".

5.4.3. 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

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.**



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."

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.**

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 [...]".



(...)

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 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.

- Copia de la Resolución No. 0009424 del 18 de junio de 2010, por medio de la cual el I.S.S., reconoce una pensión de vejez a la demandante, y la dejó en suspenso hasta que acreditara el retiro definitivo del servicio (fs. 37 – 39).
- Copia de la Resolución 0009588 del 10 de agosto de 2011, por medio de la cual el ISS ordenó la inclusión en la nómina de pensionados a la demandante (fs. 40 – 42).
- Copia de la Resolución No. GNR 166007 del 7 de junio de 2016, por medio de la cual COLPENSIONES, reliquida la pensión del actor, y en aplicación del principio de favorabilidad la liquida teniendo en cuenta el 79.37% de lo devengado en los 10 últimos años de servicios conforme a la Ley 797/03(fs. 13 – 19).
- Copia de la Resolución GNR 233728 del 9 de agosto de 2016, por medio de la cual COLPENSIONES resuelve un recurso de reposición contra la Resolución anterior, confirmándola (fs. 27 – 36).
- CD de antecedentes administrativos remitido por COLPENSIONES (f. 76).

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

En el presente caso, la demandante alegó ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ello tiene derecho a que su pensión se liquide teniendo en cuenta la Ley 33/85; es decir, con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. La anterior pretensión la apoyó en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010.

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 sub-lite 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 el establecido en la Ley 33/85 y 62/85, toda vez que las pruebas allegadas al expediente demuestran que al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, tenía más de 40 años de edad toda vez que nació el 27 de enero de 1953 (fs. 37).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado examinada previamente, a la liquidación del derecho pensional de la demandante, debió aplicarse la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta únicamente 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, más no como el ingreso base de liquidación – IBL -, componente para el cual debe seguirse lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición. Además, solo deben en cuenta tenerse a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones.

Si bien en principio a la accionante se le reconoció una pensión de vejez mediante Resolución N° 0009424 del 18 de junio de 2010 y la liquidó teniendo en cuenta la tasa de reemplazo de la Ley 33/85 (esto es el 75%), sobre el promedio de lo devengado durante los últimos diez años (esto es el tiempo previsto para el IBL en el artículo 36 de la Ley 100/93); lo cierto es que con posterioridad y en aplicación al principio de favorabilidad, la accionada reliquidó la pensión, teniendo en cuenta para ello la Ley 797/03, y en tal sentido como ingreso base de liquidación le tuvo en cuenta el 79.37% de lo devengado en los 10 últimos años de servicios.

Así las cosas, no es posible incluirle a la demandante en su pensión todos los factores salariales devengados el último año de servicios, como es su pretensión, sino que, los factores salariales que deben incluirse en el IBL son aquéllos sobre los cuales se hubieran efectuado cotizaciones.

Pone de relieve la Sala que si bien la Resolución que reliquidó la pensión de la parte demandante no discrimina los factores tenidos en cuenta, lo cierto es que señala que son los establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100/93 y el 1º del Decreto 1158/94, y por ello, en aplicación del principio de presunción de legalidad y veracidad de los actos administrativos, se entiende que fueron aquellos que devengó la demandante durante sus últimos 10 años de servicios y se encuentran enlistados en dichas normas.

Además, en el proceso no se probó que la demandante hubiera cotizado sobre factores distintos de los enlistados en el Decreto 1158/94.



- Resalta la sala que si bien en algunos fallos emitido por este Tribunal se acogió la tesis según la cual el precedente adoptado en las sentencias C 258/13 y SU 230/15 de la Corte Constitucional, no le era aplicable a las personas que hubiesen consolidado su derecho pensional antes de la expedición de dichas sentencias, tal como lo manifestó el apelante, lo cierto es que con la expedición de la sentencia de 28 de agosto de 2018 el Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en torno a la interpretación que debe darse al artículo 36 de la Ley 100/93, que estableció el régimen de transición previsto en la misma, y fijó sus propios efectos en el numeral segundo de su parte resolutive en los siguientes términos:

"Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables."

Por lo anterior, la Sala confirmará el fallo apelado.

5.6. 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.

En ese sentido, si bien habría lugar a condenar en costas a la parte demandante por haber resultado vencida en el presente proceso, la Sala no le impondrá tal condena, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que adoptaba este Tribunal era la inescindibilidad del régimen de transición, criterio en cuyo marco se entiende actuó la parte accionante bajo el convencimiento de que era necesaria la puesta en funcionamiento de la jurisdicción y que sus pretensiones podrían ser prósperas. En tal sentido, al resultar vencida la parte demandante, por revocarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

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: Confirmar la sentencia apelada.



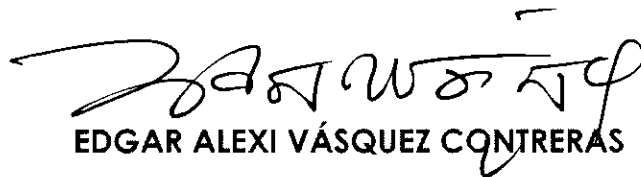
13-001-33-33-002-2017-00088-01

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al Juzgado de origen.
Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRIGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-002-2017-00088-01
Demandante:	Ángela María Narváez Pérez
Demandado:	COLPENSIONES
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras