



13001-23-33-000-2017-00755-00

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:	13001-23-33-000-2017-00755-00
Demandante:	Silvia Margoth Peluffo Ferrer
Demandado:	Colpensiones
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

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

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 1-16)

a) Pretensiones.

La señora Silvia Margoth Peluffo Ferrer, 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 los siguientes actos administrativos

- A. Resolución GNR 186368 del 23 de junio de 2016, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez del accionante.*
- B. Resolución GNR 332225 del 9 de noviembre de 2016, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución GNR 186368 del 23 de junio de 2016 y se confirma.*
- C. Resolución VPB 42458 de 25 de noviembre de 2016 por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación contra la Resolución GNR 186368 del 23 de junio de 2016.*
- D. Que como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos, se restablezca en su derecho al actor condenando a la demandada:*

PETICIONES PRINCIPALES

- A. A reliquidar al actor su pensión de jubilación a partir del 10 de septiembre de 2015 en cuantía del 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta o incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios: asignación básica, prima técnica, prima de navidad, prima de alimentación, prima de servicio, prima de vacaciones, bonificación por servicio, bonificación especial de recreación, sueldo de vacaciones, pago proporcional, ind. Vacaciones, auxilio de transporte, subsidio de*



13001-23-33-000-2017-00755-00

alimentación y cualquier otro factor devengado que constituya factor salarial.

- B. A establecer y pagar la diferencia pensional que resulte de lo pagado como consecuencia del reconocimiento pensional y lo que deba pagar en cumplimiento de la sentencia a partir del 1º de septiembre de 2015.
- C. A indexar todas las sumas reconocidas y a pagar.
- D. A efectuar los reajustes automáticos de ley a que haya lugar a partir de la fecha de adquisición del derecho.
- E. A ajustar el valor de las condenas con base en el índice de precios del consumidor artículo 187 CPACA de conformidad con los artículos 11, 21 y 36 de la Ley 100/93 y el principio de favorabilidad art. 53 C.N.
- F. Al cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192, 194 y 195 del CPACA.
- G. Al pago de las costas artículo 188 CPACA.

PETICIÓN SUBSIDIARIA.

Como petición subsidiaria de la petición **A**: si no se accediera a la pretensión principal A se le solicito se ordene a la demandada: reliquidar la pensión de jubilación de mi poderdante a partir del 1º de septiembre de 2015, aplicándole la Ley 33 de 1985 (por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993) y en concordancia con el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar el IBL y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, sueldo o asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicio, prima de servicio, prima técnica, bonificación especial por recreación, sueldo de vacaciones, compensación de vacaciones, subsidio y/o prima de alimentación, prima o pago de antigüedad y cualquier otro valor devengado que constituyan factor salarial debidamente actualizado anualmente con base en el IPC y en cuantía del 75%."

b) Hechos

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

Nació el 15 de junio de 1956 y laboró con la Gobernación de Bolívar desde el 20 de junio de 1977 hasta el 17 de enero de 1990 cuando fue incorporada a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, donde laboró hasta el 1º de septiembre de 2015, por lo cual Colpensiones mediante Resolución N° 355476 del 13 de diciembre de 2013, le reconoció una pensión de vejez teniendo en cuenta para ello la Ley 33 de 1985.

Inconforme con la resolución anterior, interpuso recurso de reposición en la que solicitó que su pensión fuera liquidada con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados el último año de servicio.



13001-23-33-000-2017-00755-00

Mediante Resolución GNR 83800 del 20 de mayo de 2015, Colpensiones modificó la resolución recurrida aumentando la mesada pensional en cuantía de \$ 2.165.188 para el año 2015.

Por Resolución N° GNR 256479 de 24 de agosto de 2015 se ordenó la inclusión en nómina y se reliquidó en cuantía del 78,12%, aplicando la Ley 797 de 2003, al considerar que esta le era más favorable.

EL 3 de mayo de 2016 solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación, con el último año de servicio y la inclusión de todos los factores salariales, la cual fue negada mediante Resolución N° GNR 186368 del 23 de junio de 2016.

Inconforme con la decisión anterior, interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones Nos. GNR 332225 del 9 de noviembre de 2016 y VPB 42458 de 25 de noviembre de 2016.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

El accionante afirmó que con la expedición de los actos administrativos acusados, Colpensiones violó los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985 artículo 1° y 3, Ley 62 de 1985 y Decreto 1158 de 1994.

Señaló que la Ley 100/93 creó un régimen de transición, que 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 edad, tiempo de servicios y monto siga rigiendo el régimen anterior.

Manifestó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, por lo que como servidora pública tiene derecho a que se le aplique íntegramente la Ley 33 de 1985.

Agregó que al aplicarle la Ley 797 de 2003, la demandada desconoció que ella era beneficiaria del régimen de transición de Ley 100/93, por lo que debió liquidarle la pensión con el promedio de todos los factores salariales devengados el último año de servicio.

Citó en su apoyo la sentencia del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, la cual señaló los factores salariales que se deben tener en cuenta a fin de liquidar las pensiones, por lo cual desconoce que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93 y se debe aplicar íntegramente la Ley 33/85.



Finalmente, manifestó que de no aplicarse íntegramente la Ley 33 de 1985, sino el artículo 36 de la ley 100 de 199; es decir, en concordancia con el artículo 21 de la ley 100/93, también tiene derecho a que se reliquide su pensión, ya que al entrar en vigencia la Ley 100/93 le faltaban 10 años para adquirir el derecho.

3.2. Contestación. (fs. 85-96).

Colpensiones contestó la demanda y se opuso a las pretensiones aduciendo, en resumen, lo siguiente:

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.

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 las normas anteriores a la Ley 100/93 que regulan el régimen pensional y señaló que de conformidad con las sentencias SU-230/15 y SU-395/2017, el IBL no hace parte del régimen de transición, solo lo relativo a la edad, monto y semanas de cotización.

Propuso como excepciones inexistencia de la obligación demandada y falta del derecho para pedir, buena fe y cobro de lo no debido.

3.3. Trámite

La demanda se admitió mediante auto de 2 de noviembre de 2017 (**f. 77**); el 18 de abril de 2018 se corrió traslado de las excepciones presentadas por la demandada (**f. 112**); mediante auto de 2 de agosto de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (**f. 121**); mediante auto de 27 de agosto de 2018 se reprogramó la audiencia inicial (**f. 115**); y el 5 de septiembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia y se ordenó correr traslado por escrito para que las partes alegaran de conclusión y el Ministerio Público rindiera concepto (**fs. 136-137**).



3.4. Alegatos.

La parte demandada presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda (fs. 141-143), 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 proferir fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Cuestiones procesales previas sobre las excepciones propuestas

La apoderada de la demandada alegó inexistencia de la obligación demandada y falta del derecho para pedir, buena fe y cobro de lo no debido 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.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si tal y como afirma el demandante, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75 % de todo lo devengado durante el último año de servicios, con fundamento en las Leyes 33 y 62 de 1985.

En caso negativo, si procede la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta los artículos 21 y 36 de la Ley 100/93; es decir, la inclusión de todos los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio. De no ser el caso se le incluyan todos los factores salariales señalados en el Decreto 1158/94.

5.3. Tesis de la Sala.

El demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama en la pretensión principal, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del



13001-23-33-000-2017-00755-00

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 la tasa de reemplazo, la edad y el tiempo de servicios previstos en la Ley 33/85, pero el IBL 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.

Pero, como se probó en el proceso que durante los últimos diez años de servicios el demandante hizo aportes al sistema de seguridad social sobre algunos factores salariales que no fueron considerados en los actos de reconocimiento y liquidación pensionales (asignación básica, prima técnica, bonificación por servicios, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad), se accederá a la pretensión de incluirlos en el IBL para efectos de su reliquidación.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

5.4.1. Régimen de transición.

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

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

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

El régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan



13001-23-33-000-2017-00755-00

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, al que venía sometido el accionante, estaba regulado 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 liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición 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



13001-23-33-000-2017-00755-00

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 reciente pronunciamiento, de 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 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.



13001-23-33-000-2017-00755-00

- 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 1989¹. 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 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

¹ 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 [...]".



13001-23-33-000-2017-00755-00

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.

- Acta N° 103642 de 20 de junio de 1977, mediante la cual la demandante se posesionó en cargo de Oficinista IV – 8- Provisionalmente en el Instituto Politécnico Femenino de Cartagena (f. 17).
- Acta N° 0160 de 9 de mayo de 2000, mediante la cual la demandante se posesionó en el cargo de Profesional Universitario 340-09 de la Escuela Rural Mixta de Pasacaballo (f.18).
- Registro Civil de Nacimiento de la demandante, en el cual consta que nació el 15 de junio de 1956 (f.19).
- Certificado de 7 de abril de 2016, suscrito por el Técnico de Certificados de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, mediante el cual se



13001-23-33-000-2017-00755-00

hace constar que la señora Silvia Margoth Ferrer Peluffo prestó sus servicios en la entidad desde el 20 de junio de 1977 hasta el 1º de septiembre de 2015 (f.21).

- Resolución N° GNR 355476 de 13 de diciembre de 2013, mediante la cual COLPENSIONES le reconoció una pensión mensual vitalicia de vejez, para lo cual tuvo en cuenta la Ley 33 de 1985 y los factores salariales establecidos en el artículo 1º del decreto 1158 de 1994 (fs. 23-26).

- Resolución N° GNR 83800 de 20 de marzo de 2015, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se modifica la resolución anterior, para lo cual se tuvo en cuenta el ingreso base de cotización reportado por el empleador entre el 1º de febrero de 2014 y el 31 de enero de 2015 (fs. 28-36).

- Decreto N° 0618 de 8 de mayo de 2015, "Por medio del cual se acepta la renuncia presentada por la Silvia Margoth Ferrer Peluffo" (f. 37).

- Resolución N° GNR 256479 de 24 de agosto de 2015, "Por la cual se ordena el ingreso a nómina de una pensión de vejez", para lo cual se aplicó por favorabilidad la Ley 797 de 2003 (fs. 39-42).

- Petición de 3 de mayo de 2016, mediante la cual la demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación (fs. 43-45).

- Certificado de salario mes a mes suscrito por la Subdirectora Técnica de Talento Humano de Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, en el cual consta que la demandante devengó y cotizó entre enero de 2002 y agosto de 2015 sobre los siguientes factores salariales: asignación básica, prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por recreación (fs. 49-57). El documento anterior está igualmente contenido en el CD de antecedentes administrativos remitido por la parte accionada, específicamente en el archivo denominado 2013_2504495_GEN-CSA-3B(CERT SAL MES ´13)(f. 106).

- Resolución N° GNR 186368 de 23 de junio de 2016, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez (fs. 59-62)

- Resolución N° GNR 332225 de 9 de noviembre de 2016, por la cual se resuelve un recurso de reposición y se confirma la resolución anterior (fs. 64-68).

- Resolución VPB 42458 de 25 de noviembre de 2016, mediante la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma la resolución GNR 186368 de 23 de junio de 2016, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez.



13001-23-33-000-2017-00755-00

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.

En el sub-lite es evidente 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 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, la demandante tenía más de 35 años de edad, toda vez que nació el 15 de junio de 1956 y más de 15 años de servicios, y empezó a trabajar desde el 20 de junio de 1977.

Se encuentra acreditado en el proceso que la pensión que venía disfrutando la demandante fue reconocida mediante Resolución N° GNR 355476 de 13 de diciembre de 2013, para lo cual tuvo en cuenta la Ley 33 de 1985 y los factores salariales establecidos en el artículo 1° del decreto 1158 de 1994 (fs. 23-26).

No obstante, mediante Resolución N° GNR 256479 de 24 de agosto de 2015, se ordenó el ingreso a nómina y se liquidó la pensión de la demandante, teniendo en cuenta la Ley 797 de 2003 en aplicación del principio de favorabilidad, puesto que la mesada pensional era superior a la reconocida en aplicación de la Ley 33/85 (fs. 39-42).

En el presente caso, la demandante alegó que es beneficiaria del régimen de transición establecido 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% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

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 a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones.**



13001-23-33-000-2017-00755-00

Por lo anterior, la pretensión principal de la demandante debe ser denegada, en vista de que contraría el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Acto Legislativo No. 01 de 2005, conforme a los cuales el IBL a tener en cuenta no corresponde al último año sino, en el presente caso, a los últimos diez (10) años de servicios.

- El demandante formuló, en caso de denegarse la pretensión principal, una de carácter subsidiario, así:

A: si no se accediera a la pretensión principal A se le solicito se ordene a la demandada: reliquidar la pensión de jubilación de mi poderdante a partir del 1º de septiembre de 2015, aplicándole la Ley 33 de 1985 (por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993) y en concordancia con el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar el IBL y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, sueldo o asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicio, prima de servicio, prima técnica, bonificación especial por recreación, sueldo de vacaciones, compensación de vacaciones, subsidio y/o prima de alimentación, prima o pago de antigüedad y cualquier otro valor devengado que constituyan factor salarial debidamente actualizado anualmente con base en el IPC y en cuantía del 75%.

No obstante, tal y como se infiere de los folios 49 a 57 que contienen el formato No. 3 – certificación de salario mes a mes de enero de 2002 a agosto de 2015, durante ese periodo **se hicieron descuentos sobre los siguiente factores** asignación básica, prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por recreación. Igual información obra en el CD obrante a folio 106 que contiene el expediente pensonal del actor remitido por la parte accionada (ver archivo 2013_2504495_GEN-CSA-3B(CERT SAL MES ´13).

Así las cosas, como la demandante demostró que había cotizado durante los últimos diez años a la seguridad social en pensiones con base en el sueldo básico, prima técnica y bonificación por servicios prestados, los cuales están descritos en el Decreto 1158/94 como ingreso base de cotización, deben ser incluidos en el ingreso base de liquidación pensonal para efectos de reliquidación.

Pero, adicionalmente realizó aportes sobre otros factores entre enero de 2002 y agosto de 2015, tales como prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

Aunque los factores anteriores no están previstos como ingreso base de cotización en el Decreto 1158/94, también deben ser considerados a efectos de integrar el IBL con fines de reliquidación pensonal, pues al descontarle a la demandante las sumas correspondientes al aporte, tanto el empleados como la entidad de previsión correspondiente generaron una expectativa legítima que no puede ser defraudada, máxime si al incluir tales factores salariales en



13001-23-33-000-2017-00755-00

el IBL no se desconocen los criterios previstos en el Acto Legislativo No. 01 de 2005 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, citada previamente, conforme a los cuales las pensiones deben liquidarse con base en los aportes realmente efectuados por el trabajador al sistema de seguridad social, para garantizar el principio de sostenibilidad financiera.

En suma, la pensión del actor debe ser reliquidada teniendo en cuenta el IBL previsto en la Ley 100/93, últimos diez años, **pero incluyendo todos los factores sobre los que cotizó el actor**, por lo que se debe declarar la nulidad de los actos demandados.

Por último, si bien el actor cotizó sobre un concepto denominado "bonificación por recreación", no se dispondrá incluirla para calcular el IBL, porque de manera reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha negado carácter salarial.

- Restablecimiento del Derecho

De conformidad con lo expuesto, es dable concluir que la señora Silvia Margoth Peluffo Ferrer tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez teniendo en cuenta el 78.12% de los factores salariales sobre los cuales realizó cotizaciones tales como asignación básica, prima técnica, bonificación por servicios, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad.

Los valores causados desde que el actor adquirió su status pensional, serán ajustados teniendo en cuenta para ello las fechas de causación y de pago efectivo de los mismos. Lo anterior, siguiendo la fórmula utilizada por el H. Consejo de Estado, la que se expresa en los siguientes términos:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de reliquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que se efectuó el pago, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. En razón de tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.



13001-23-33-000-2017-00755-00

- Sobre la prescripción de derechos.

En lo que respecta a la prescripción de los derechos, la misma solo se aplica a aquellas mesadas no reclamadas oportunamente, tal como lo disponen los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1968, en virtud de los cuales, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro período igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.

En el sub-lite se estableció que el actor cumplió con los requisitos para acceder a su pensión 1 de diciembre de 2013 (f.24 reverso).

Quedó probado en el proceso que presentó solicitud de reliquidación el 3 de mayo de 2016, por lo cual no hay lugar a declarar prescritas ninguna mesada pensional.

- 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 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, como se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues no se reconoció el IBL y todos los factores salariales, no se condenara en costas y agencias de derecho.

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: Se declara la nulidad de la Resolución N°. GNR 186368 del 23 de junio de 2016, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez del accionante; de la Resolución N° GNR 332225 del 9 de noviembre de 2016, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición; y de la Resolución VPB 42458 de 25 de noviembre de 2016, mediante la cual se resuelve un recurso de apelación.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a COLPENSIONES reliquidar la pensión de la demandante, teniendo como ingreso base liquidación el 78.12%

13001-23-33-000-2017-00755-00

del promedio de los factores salariales sobre los cuales se hicieron aportes al sistema de seguridad social en pensiones durante los últimos 10 años de servicios, tales como asignación básica, prima técnica, bonificación por servicios, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y 1/12 de la prima de navidad.

TERCERO: De la liquidación efectuada, deberá pagar a la demandante, las diferencias causadas entre lo reconocido y lo reliquidado. Las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.

CUARTO: Sin lugar a prescripción.

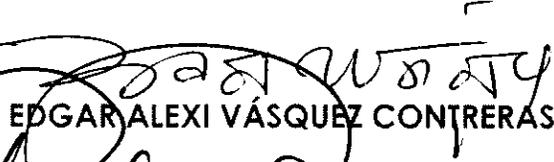
QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

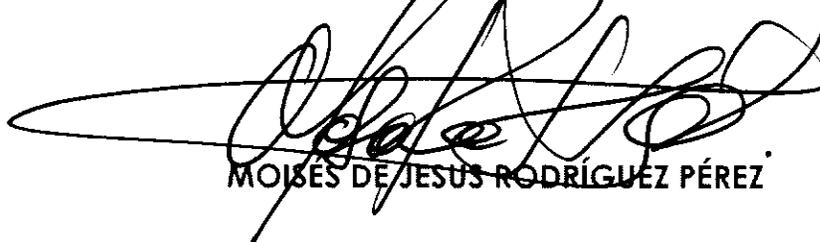
SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia.

SÉPTIMO: COLPENSIONES deberá dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 187 y 192 del CPACA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE