



13001-33-40-015-2016-00037-01

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:	13001-33-40-015-2016-00037-01
Demandante:	Ruth Vanegas Moreno
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 proferida en audiencia inicial el 16 de septiembre de 2016, mediante la cual el Juzgado Décimo Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA (fs. 1-8).

a) Pretensiones

La señora Ruth Vanegas Moreno presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra COLPENSIONES, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos GNR 22257 de 22 de enero de 2014, GNR 356722 y GNR 1636 de 14 de enero de 2016, la primera que reconoce pero liquida equivocadamente una pensión de vejez, y la segunda y tercera, que niegan la solicitud de reliquidación o reajuste de dicha pensión, tal y como se detalla en la petición adjunta.

2. Como consecuencia de la anterior declaratoria, se ordene restituir el derecho de la demandante, condenando a la demandada, a que reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, tal y como lo dispone, entre otras decisiones, las sentencias de 7 de julio de 2015, M.P. Alberto Arango Mantilla y 4 de agosto de 2010, Sección segunda, Consejo de Estado, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila (...)

3. (...) se sirva ordenar restituir el derecho de la demandante, condenando a la demandada, a que reliquide o reajuste la prestación a partir del 23 de diciembre de 2012, sobre una tasa de reemplazo equivalente al 75% del salario base de liquidación, el cual se obtiene de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, o si resulta más favorable, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, normas aplicables a la accionante por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

4. Se condene a la demandada al pago de las diferencias hasta el monto de las mesadas adeudadas correctamente liquidadas que surjan de la liquidación



13001-33-40-015-2016-00037-01

de su pensión, desde que se hizo acreedora de dicha prestación hasta que se satisfagan las pretensiones de esta acción.

5. Se condene a la entidad demandada, al pago de los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. .

6. Se condene a la indexación de la primera mesada pensional tal y como lo ordena la Sentencia SU-120 de 2003, en atención a que la demandante, laboró hasta el 22 de agosto de 2003, y solo le reconocieron pensión de vejez a partir del mes de enero de 2014. (...)"

b) Hechos.

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

Prestó sus servicios para la ESE Hospital Universitario de Cartagena desde el 06 de diciembre de 1982 hasta el 22 de agosto de 2003.

Es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/93, ya que al 1º de enero de 1994 contaba con la edad requerida y había cotizado al régimen de prima media con prestación definida durante más de 15 años de servicio.

Por no estar de acuerdo con la liquidación de su pensión, dados el IBL y los factores salariales tenidos en cuenta para calcularlo, el 27 de marzo de 2014 solicitó la reliquidación de su pensión, la cual fue resuelta mediante Resolución GNR 35677, que ordenó la reliquidación y pago de una diferencia de \$1.412,00.

Inconforme con la decisión anterior, presentó nueva petición de reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados, la cual fue denegada mediante Resolución GNR 1636 de 05 de enero de 2016.

c) Normas violadas. La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política, 36 de la Ley 100 de 1993 y 1º de la Ley 33 de 1985.

Manifestó que cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100/93, es decir, que su pensión debe ser liquidada conforme lo establece el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pero en lo relativo al monto de la mesada pensional debe aplicarse la norma que reajuste más favorable, esto es, el artículo 21 de la Ley 100/93.

Sostuvo que tiene derecho a la indexación de su pensión, toda vez que laboró hasta el mes de febrero de 2008; sin embargo, su pensión solo fue reconocida en el mes de enero de 2014, por lo que de acuerdo con la Sentencia SU-120 de 2003, el monto de los salarios devengados al momento de su retiro del servicio, deben



13001-33-40-015-2016-00037-01

indexarse hasta la fecha en que efectivamente comenzó a disfrutar dicha prestación.

El régimen de transición consiste en que se respeten las condiciones de edad, tiempo y monto el cual comprende el IBL; es decir, sin la posibilidad de liquidar la pensión aplicando edad, tiempo de servicio, monto del régimen anterior y el IBL del nuevo régimen.

Sostuvo que para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos deben tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa de sus servicios, para apoyar sus argumentos citó el Concepto No. 1393 de 18 de julio de 2005, proferido por la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado.

3.2. Contestación (fs. 80-87).

- **COLPENSIONES** se opuso a las prosperidad de las pretensiones, señalando que 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.

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.

Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, con los requisitos establecidos en la Ley 33/85, solo en lo relacionado con la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.

Los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de determinar el IBL son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994; citó en su apoyo el artículo 21 de la Ley 100/93, de acuerdo con el cual la demandante solo cuenta con 1056 semanas cotizadas, y por ello no es procedente la aplicación de dicha norma; y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica.



13001-33-40-015-2016-00037-01

3.3. Sentencia de primera instancia (fs.125 -150).

El Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 16 de septiembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda, así:

"PRIMERO: Declarar probadas las excepciones *inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, buena fe y cobro de lo no debido propuestas por la entidad demandada, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.*

SEGUNDO: Negar las pretensiones de las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Ruth Vanegas Montero, en contra de COLPENSIONES, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva. (...)"

Para sustentar su decisión, sostuvo que la actora pretende que para liquidar su pensión se tengan en cuenta los factores salariales devengados conforme lo dispone el artículo 1º de la Ley 33/85, y para el IBL se aplique lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100/93.

Adujo que los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que se les aplique el régimen anterior que los cobija, régimen que resulta aplicable en su integridad, sin que le sea dable al servidor público encargado del reconocimiento pensional, tomar normas de distintos regímenes para reconocer dicha prestación.

Afirmó que el régimen aplicable a la actora es la Ley 33/85, es decir el IBL se calcula con base lo devengado durante el último año de servicios de la demandante, y los factores salariales aplicables son los establecidos en el artículo 1º de la Ley 62/85.

Concluyó que lo pretendido por la demandante es escindir el régimen especial aplicable (Ley 33/85), y el régimen general de pensiones (Ley 100/93), lo cual no tiene asidero jurídico, como quiera que implicaría un desmembramiento normativo.

3.4. Recurso de apelación (fs. 156-159).

La demandante manifestó que para determinar el IBL de la pensión de la actora debe seguirse lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100/93.

Afirmó que la juez desconoció el precedente jurisprudencial establecido en la sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, que determinó que para la liquidación de los trabajadores beneficiarios del régimen de transición, se debe tener en cuenta para calcular el IBL la totalidad de los factores que constituyen salario.



13001-33-40-015-2016-00037-01

Sostuvo que tiene derecho a la indexación de la primera mesada pensional, toda vez que, laboró hasta el 22 de agosto de 2003, sin embargo, su pensión solo fue reconocida el 22 de enero de 2014, por lo que de acuerdo con la Sentencia SU-120 de 2003, el monto de los salarios devengados al momento de su retiro del servicio, deben indexarse hasta la fecha en que efectivamente comenzó a disfrutar dicha prestación.

- Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto de 17 de febrero de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f.171), y por providencia de 24 de marzo de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f.179).

La parte demandada presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación (f. 181 – 183); 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 en cuenta el 75 % de todo los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Deberá igualmente la Sala establecer si el demandante tiene derecho al reajuste de la primera mesada pensional.



13001-33-40-015-2016-00037-01

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 33/85, pero estima que 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. En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

Con respecto a la indexación de la primera mesada, la Sala accederá a dicha solicitud toda vez que está probado que la demandante se retiró del servicio sin haber cumplido el requisito de edad (22 de agosto de 2003) y entre ésta fecha y el reconocimiento pensional transcurrió más de un año, por lo que la mesada reconocida por la entidad demandada se encontraba devaluada.

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



13001-33-40-015-2016-00037-01

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.

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 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 suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.





13001-33-40-015-2016-00037-01

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.

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 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.



13001-33-40-015-2016-00037-01

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 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

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 [...]".



13001-33-40-015-2016-00037-01

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 lo Contencioso Administrativo, citado previamente, y los aplicará al caso concreto.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la certificación expedida por Sección de Recursos Humanos de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, en la que consta que laboró para esa entidad desde el 06 de diciembre de 1982 hasta el 22 de agosto de 2003 en el cargo de Auxiliar, y las prestaciones devengadas por la accionante desde enero de 1991 hasta agosto de 2003 (fs. 37 – 43).

- Copia de la Resolución GNR 22257 de 22 de enero de 2014, por medio de la cual COLPENSIONES reconoció a la accionante la pensión de vejez, y en la que consta que nació el 23 de diciembre de 1957 (fs. 12 – 16).

- Copia de la Resolución GNR 356722 de 10 de octubre de 2014, por medio de la cual COLPENSIONES modificó la Resolución anterior reliquidando la pensión de vejez de la demandante (fs. 18 – 24).

- Copia de la solicitud de reliquidación pensional de la accionante radicada el 23 de octubre de 2015 en COLPENSIONES (fs. 45 - 46).

- Copia de la Resolución No. GNR 1636 de 05 de enero de 2016, por medio de la cual COLPENSIONES negó la solicitud de reliquidación de la pensión de la actora (fs. 26 – 36).



13001-33-40-015-2016-00037-01

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 fecha de su entrada en vigencia hubieran cumplido 35 años de edad, si fueran mujeres, y 40 si fueran hombres; o 15 años de servicios.

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

Se encuentra acreditado mediante las Resoluciones GNR 22257 de 22 de enero de 2014 y GNR 356722 de 10 de octubre de 2014, que la pensión de la demandante fue reconocida aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo equivalente al 75%); que el IBL que se tuvo en cuenta fue el previsto en el artículo 1º de la Ley 33/85, (el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios) y que los factores salariales que se tuvieron en cuenta son los establecidos en el artículo 1º de la Ley 62/85. Si bien, la entidad demandada aplicó erróneamente el IBL para el caso de la actora, lo cierto es que ello no fue objeto de este proceso y en ese orden no le es dable a la Sala pronunciarse al respecto.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado examinada previamente, solo deben tenerse en cuenta a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que se hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, que corresponden a los enlistados en el Decreto 1158/94.

La reliquidación no procede en los términos que solicita la apelante, es decir, con base en todos los factores por ella devengados, subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad, de acuerdo a la certificación de prestaciones devengadas obrante a folios 37 al 43 del expediente, porque el decreto mencionado no los incluye entre los factores que constituyen el ingreso base de cotización y sobre ellos no obra



13001-33-40-015-2016-00037-01

prueba alguna que permita concluir que se hicieron aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Así las cosas, aunque a la actora se le reconoció su pensión conforme lo establece el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985 de manera íntegra, como ello no fue objeto de este proceso, la Sala no realizará pronunciamientos al respecto, de acuerdo con lo expuesto previamente, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados.

- Con respecto a la solicitud de indexación de la primera mesada pensional de la demandante el Consejo de Estado en reiteradas providencias, particularmente en la sentencia de 14 de septiembre de 2017, proferida por la Sección Segunda de dicha Corporación ha establecido lo siguiente:

"La indexación de la primera mesada ha sido entendida por esta Corporación como el mecanismo que se utiliza, en aplicación de los principios de equidad y justicia, para revalorizar las obligaciones pensionales con el fin de traer a valor presente las sumas que han perdido su poder adquisitivo por el transcurso del tiempo.

Frente a la indexación de la primera mesada pensional, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 7 de febrero de 2013 con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, sostuvo:

«[...] En ese orden de ideas lo primero que se recuerda frente a la indexación de la primera mesada pensional, es que si bien no existe norma expresa que la consagre, la jurisprudencia ha desarrollado con base en principios constitucionales, en especial, los previstos en los artículos 48, 53 y 230, una posición en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y, por tanto, que el trabajador no tiene por qué soportar las consecuencias negativas de dicha situación al tener que recibir al momento de pensionarse sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario que devengaba cuando prestaba sus servicios. [...]»

En ese orden de ideas, la indexación de la primera mesada pensional procede en aplicación del principio de equidad y como salvaguarda al derecho constitucional a la seguridad social, incluso, frente a los regímenes especiales existentes en Colombia, como lo es el de los docentes.

Ahora bien, esta Corporación también ha sido clara en cuanto a que la indexación de la primera mesada «[...] se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento [...]

Lo anterior significa que el derecho a la indexación citada se causa cuando habiendo cumplido el requisito de tiempo de servicio, el beneficiario se retira sin haber acreditado el requisito de la edad. Por lo tanto, una vez acreditado este, la administración procede a reconocer y liquidar la pensión de jubilación con los factores devengados en el último año de servicios, es decir, al momento del retiro; ello, siempre y cuando entre el retiro y el cumplimiento del requisito de la edad haya transcurrido más de un año.



13001-33-40-015-2016-00037-01

En el caso de que el retiro del servicio y el cumplimiento de los demás requisitos para obtener el derecho a la pensión se cumplan en el mismo año e incluso el reconocimiento también se efectuó en él esta Subsección ha sostenido que no puede hablarse de pérdida del poder adquisitivo del ingreso base con que se liquidó la pensión, pues no transcurrió un tiempo que diera lugar a la referida depreciación."

La Sala prohija los criterios expuestos y los aplicará al caso de la demandante.

La demandante nació el 23 de diciembre de 1957 (f.20), y se vinculó a la ESE Hospital Universitario de Cartagena el 06 de diciembre de 1982 (f.37); luego, se tiene que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez así:

Tiempo de servicios (20 años): 06 de diciembre de 2002

Requisito de edad (55 años): 23 de diciembre de 2012

La demandante se retiró del servicio antes de cumplir el requisito de edad (22 de agosto de 2003), por lo que tiene derecho a la indexación de su primera mesada pensional de conformidad con la sentencia previamente citada.

Observa la Sala que en la Resolución GNR 22257 de 22 de enero de 2014, modificada por la Resolución GNR 356722 de 10 de octubre de 2014, mediante las cuales se reconoció la pensión de jubilación de la actora, no obra ninguna manifestación sobre la indexación de la primera mesada pensional.

Adicionalmente, mediante la Resolución GNR 1636 de 05 de enero de 2016, por medio de la cual la entidad demandada negó la solicitud de reliquidación e indexación de la primera mesada pensional de la demandante, manifestó lo siguiente: *"que revisada la normatividad vigente en materia de seguridad social en pensiones, se encuentra que Colpensiones ha efectuado los reajustes de Ley; en este sentido, también se encuentra que no existe norma alguna que permita en este Instituto proceder a indexar sobre las mesadas reconocidas",* de lo anterior se infiere que no indexó la primera mesada pensional de la demandante teniendo en cuenta la depreciación o pérdida del poder adquisitivo de la moneda por efecto de la inflación, y por ello hay lugar a modificar la sentencia apelada.

Costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del C.P.A.C.A 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.

Como el recurso de apelación se decide en forma parcialmente favorable al apelante, no habrá condena en costas.



13001-33-40-015-2016-00037-01

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: Modificar el numeral segundo de la sentencia apelada el cual quedará así:

Segundo: Negar la solicitud de reliquidación pensional presentada por la demandante con la inclusión de todos los factores salariales por ella devengados durante su último año de servicios por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Frente a la solicitud de indexación de la primera mesada, se ordena a la entidad demandada la actualización de la primera mesada pensional pagada por concepto del reconocimiento de la pensión de jubilación con fundamento en la variación del índice de precios al consumidor (IPC) señalado por el DANE desde la fecha en que se retiró del servicio (22 de agosto de 2003) hasta la fecha en que se le otorgó la pensión (22 de enero de 2014).

SEGUNDO: Confirmar los demás numerales de la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al despacho de origen.

QUINTO: 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 PENUELA ARCE