Cartagena de Indias D.T y C. veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-40-015-2016-00237-01**
Demandante	**BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ PACHECO**
Demandado	**COLPENSIONES S.A.**
Tema	*Reliquidación pensional con el régimen de transición – solicita inclusión de factores salariales del último año – no demuestra qué factores se tuvieron en cuenta para reconocer su pensión.*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión[1], a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 10 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA[2]

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ PACHECO instauró demanda de nulidad y restablecimiento contra COLPENSIONES S.A., para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

---

[1]Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales

[2] Fl 4-15

3.1.1. Pretensiones[3]

PRIMERO: Se declare la nulidad del acto administrativo GNR-33011 del 26 de octubre de 2015, por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez del demandante.

SEGUNDO: Se declare la nulidad del acto administrativo VPB 8373 del 18 de febrero de 2016, por medio del cual se confirma la decisión adoptada en la Resolución GNR-33011 del 26 de octubre de 2015.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad accionada a reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales que devengó el demandante, durante el último año de servicios.

CUARTO: Condenar a Colpensiones a actualizar el promedio base de liquidación, teniendo en cuenta el ultimo día laborado por el actor fue el 31 de diciembre de 2014, y que el reconocimiento y pago de la primera mesada pensional se realizó a partir del 1 de enero de 2015.

QUINTO: Condenar a las demandadas al pago de las diferencias dejadas de pagar hasta la fecha del cumplimiento de la sentencia.

SEXTO: Condenar a las demandadas al pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, y hasta que se cumpla la misma. De no accederse a esta pretensión, que se condene a la indexación de las mesadas no pagadas.

SÉPTIMO: Condenar en costas y agencias en derecho

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos[4]

En la demanda se expone que el señor BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ nació el 21 de octubre de 1949, y laboró al servicio de empresas del sector público de la salud, por más de 36 años y el último cargo que ostentó fue el de vacunador.

---

[3] Fl4-5
[4] Fl 5-6

Que, por haber cumplido los requisitos necesarios, Colpensiones le reconoció una pensión a través de la Resolución GNR-322782 del 16 de septiembre de 2014, sin embargo, la inclusión en nómina quedó condicionada al retiro del servicio, el cual se dio el 31 de diciembre de 2014; por lo anterior, mediante Resolución GNR 77608 del 13 de marzo de 2015, se llevó a cabo dicha inclusión, a partir del 1 de enero de 2015.

En el acto administrativo de reconocimiento de pensión, no tuvo en cuenta todos los factores devengados, por el actor, como era la prima de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, prima de navidad y bonificación por pensión.

Por no encontrarse de acuerdo con la liquidación realizada por Colpensiones, el demandante elevó una petición ante esa entidad, la cual fue negada a través de los actos administrativos demandados.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas:

- Artículos 50 y ss. del Código Contencioso Administrativo,
- Artículo 36 de la Ley 100 de 1993
- Artículo 1° y 3° de la Ley 33 de 1985
- Artículo 1° de la ley 62 de 1985
- Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo

Como concepto de violación se expuso, que el señor BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ, nació el 21 de octubre de 1949, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2004; y desde el 1° de junio de 1977 hasta el 31 de diciembre de 2014 laboró en entidades públicas prestadoras del servicio de salud, lo que quiere decir que al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 44 años de edad y 17 años de servicio al servicio, por lo que se encuentra amparado por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual, al actor se le debe aplicar la Ley 33/85, y liquidar su pensión con fundamento en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Advierte que, el Consejo de Estado mediante sentencia del 16 de octubre de 2008, reiteró lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-168

de 1995, al considerar que la Ley 33 de 1985 es aplicable al sector público sin distinción, es decir, a los empleados oficiales de todos los órdenes, haciendo referencia a los beneficiarios del régimen de transición.

Expuso también, que la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia, por medio de sentencia del 4 de agosto de 2010, en la que avaló la interpretación que más se ajusta al principio de favorabilidad, en cuanto a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93. Al respecto se indicó que, todos los factores salariales que reciben los funcionarios de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, integran el salario base de liquidación de su pensión, independientemente de la denominación que se les dé.

Agregó, que en el mencionado fallo el Consejo de Estado aclaró que el listado de factores salariales consignado en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no es taxativo, sino enunciativo; la nueva tesis, busca garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, por tal motivo, debe dársele aplicación en este caso concreto.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES[5]

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que son parcialmente ciertos los hechos expuestos por el demandante. En cuanto a las pretensiones, solicita que las mismas sean denegadas, toda vez que la entidad accionada siempre actuó conforme a derecho, teniendo en cuenta el tiempo cotizado por el interesado y los demás requisitos para acceder a la pensión.

Afirma, que se opone a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que la entidad demandada al momento de emitir la resolución de reconocimiento, tuvo en cuenta la Ley 33 de 1985 en aplicación del régimen de transición, con base en 1.892 semanas de cotización, con un ILB de $1.368.511, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, para una mesada pensional de $1.026.383, con fecha de status de 21 de octubre de 2009 y fecha de efectividad de 1 de enero de 2015. Igualmente se reconoció un retroactivo por valor de $1.872.498 el cual fue ingresado en nómina de marzo de 2015 y la liquidación de la anterior disposición se realizó con el

[5] Folio 138-144

promedio de lo cotizado durante el último año de servicios, de conformidad con lo establecido en la Circular 054 de 2010 expedida por el Procurador General de la Nación.

Sostuvo que, tanto la ley como la jurisprudencia nacional han sido rigurosos con los elementos que se debe probar para obtener la prosperidad de la pretensión anulatoria, imponiéndole a los interesados las siguientes cargas procesales: i) la individualización precisa del acto que se demanda, ii) la Identificación exacta de las normas violadas y el concepto de la violación; iii) si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen y iv) si se trata de un acto administrativo particular, el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Expone que, los actos administrativos se presumen legales y ajustados al ordenamiento jurídico, por lo que, para ser declarados nulos deben probarse las siguientes causales: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

Con respecto al caso concreto indicó que, si bien el demandante pretende la reliquidación de su pensión de vejez, conforme a la Ley 33 de 1985, con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, ello no es procedente como quiera que a los beneficiarios del régimen de transición solo se les debe tener en cuenta, del régimen anterior, la edad, el tiempo y el monto, entendido éste como la tasa de reemplazo, sin embargo para el cálculo del IBL, debe ser aplicado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se hizo para el sub examine, el cual se efectuó con el tiempo que la hacía falta al 1 de abril de 1994 y los factores salariales consagrados en el Decreto 1158 de 1994.

Además de lo anterior, solicitó que se dé aplicación a la sentencia SU 230 de la Corte Constitucional, en la cual se establece que el IBL no es un aspecto sujeto a la transición del art 36 de la Ley 100 de 1993.

Como excepciones se propusieron las siguientes: i) inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir; ii) buena fe; iii) cobro de lo no debido iv) innominada.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[6]

Por medio de providencia del 10 de noviembre de 2017, la Juez Décimo Quinta Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda, así:

"FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad de la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 322782 de 16 de septiembre de 2014 y la nulidad absoluta de la Resolución No. GNR 332011 de 26 de octubre de 2015 y de la Resolución No. VPB 8373 de 18 de febrero de 2016, EN LO QUE TIENE QUE VER CON EL REAJUSTE O RELQIUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DEL DEMANDANTE, BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ PACHECO.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez que le viene reconocida al señor BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ PACHECO identificado con CC No. 3.980.714 desde Resolución GNR 322782 de 16 de septiembre de 2014, a partir del 21 de octubre de 2004, aplicando el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, esto es, año 2014, con inclusión en la base pensiona! del a actor de todos los factores devengados en dicha anualidad, esto es PRIMA DE SERVICIO, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE ANTIGÜEDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y PRIMA DE NAVIDA. Lo anterior de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de ésta sentencia oral.

TERCERO: ordenar que la suma de dinero que resulte de la condena anterior, es decir las diferencias, se ajustará al valor presente de acuerdo con la fórmula adoptada por el H. Consejo de Estado, según la cual:

R= RH Índice Final
índice inicial.
(…)
De la liquidación efectuada, deberá pagar a la demandante las diferencias causadas entre lo reconocido y lo liquidado. Así mimo, COLPENSIONES realizará los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal. De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia oral.
(…)

Como soporte de su decisión expuso, que debían concederse las pretensiones de la demanda, acogiendo la tesis de la Sección Quinta del Consejo de Estado, adoptada en providencia del 23 de marzo de 2017, dentro del radicado No. 11001331500201633366, en la que fue demandado el

[6] Folio 196-210

Tribunal administrativo de Bolívar y otros. Indicó, que dicho precedente se aplica en este caso, por cuanto este concilió las tesis difusas que existían entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto de las sentencias C-258 2013 y SU 230 de 2015 al indicar lo siguiente: *"los jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, lo cierto es que no tuvieron en cuenta que su aplicación dependía de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado, el cual, para el caso concreto se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la sentencia del 4 de agosto de 2010 MP Hernando Alvarado Ardila sentencia del 04 de agosto de 2010*".

Frente al caso concreto sostuvo, que COLPNESIONES para el reconocimiento pensional, uso como fundamento normativo el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aduciendo favorabilidad respecto del régimen anterior previsto en la Ley 33 de 1985. Para el cálculo de la base pensional, tuvo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, actualizado anualmente con el IPC, y los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994, aplicando un monto del 75%, de la cuantía pensional.

Que, la administración no tuvo en cuenta el régimen pensional que gobernaba la situación jurídica del actor sino que aplicó la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario 1158 de 1994, así como el Acuerdo 049 de 1990, calculando el ingreso base de liquidación con el salario de los diez años anteriores a la última fecha de cotización, razón suficiente para concluir que el reconocimiento pensional así efectuado, violó las normas en que debió fundarse al desconocer el régimen pensional que regía la situación del actor, el cual le era más favorable a sus intereses.

Expuso, que debía declararse la nulidad de la Resolución GNR332011 de 26 de octubre de 2015, mediante la cual se le niega a la demandante la reliquidación de su pensión de vejez y la Resolución No.RDP No.VPB 8373 de 18 de febrero de 2016, mediante la cual se confirma la resolución anterior, por cuanto no se ajustan al ordenamiento jurídico; que en consecuencia debía ordenarse la reliquidación de la pensión del señor BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ PACHECO incluyendo en la base pensional todos los factores devengados durante el último año de servicio que son los siguientes: PRIMA DE SERVICIO, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE ANTIGÜEDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y PRIMA DE NAVIDAD.

Por otro lado, negó la inclusión de la bonificación por recreación como factor salarial con fundamento en lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 22 de noviembre de 2012 que señala que la bonificación por recreación no puede tomarse como factor salarial. También sostuvo que no es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensiónales.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN[7]

Colpensiones interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que, con todo respeto se aparta de la decisión adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia del 25 de febrero de 2016, así como de los conceptos de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación; pues considera que al caso concreto debe darse aplicación a la sentencia de la Corte Constitucional C-539 de 2013 el cual es vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República de Colombia.

En ese sentido, sostiene que la liquidación del IBL de las pensiones de vejez reconocidas conforme al régimen de transición se deberán realizar teniendo en cuenta el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o el artículo 21 ibídem que corresponda.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 06 de marzo de 2018[8], por lo que 22 de agosto de 2018 se procedió a admitirla[9], y se corrió traslado para alegar el 8 de abril de 2019[10].

A través de escrito del 12 de abril de 2019, el Procurador 130 Judicial II Delegado ante este Tribunal, presentó recurso de reposición contra el auto de alegatos, el cual fue resuelto mediante providencia del 27 de agosto de 2019.

---

[7] Folio 217-218
[8] Folio 2 c. 2
[9] Folio 4 c. 2
[10] Folio 22 ibídem

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 Parte demandante: Presentó su escrito de alegatos el 23 de abril de 2019, ratificándose en los hechos de la demanda y solicitando que se mantenga incólume la decisión de primera instancia (fl. 14-17 c. apel.).

3.6.2 Parte demandada: Presentó su escrito de alegatos el 24 de abril de 2019, ratificándose en los argumentos de la apelación y la contestación de la demanda; con fundamento en los cuales, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia (fl. 18-19 c. apel.).

3.6.3 Ministerio Público: No rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico que se debe resolver es el siguiente:

¿Tiene derecho el señor BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año antes de adquirir el status pensional?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, y en su lugar denegará las pretensiones de la misma, teniendo en cuenta el precedente

jurisprudencial planteado por la sentencia SU del 28 de agosto de 2018, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que estableció que, las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100/93, deben calcularse con el IBL de los últimos 10 años o lo que le faltara al beneficiario para adquirir el status. Así mismo, determinó que los factores salariales a tener en cuenta deben ser los contemplados en el Decreto 1158/94 o los cotizados.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Régimen contemplado en la Ley 33 y 62 de 1985.

De acuerdo con la Ley 33 de 1985, el régimen pensional de los empleados oficiales que adquirieran el derecho antes de la Ley 100/93 era el siguiente:

*Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya **servido veinte (20) años** continuos o discontinuos y llegue a **la edad de cincuenta y cinco (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.
(…)

Debe tenerse en cuenta entonces, que bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, el empleado público tendría derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre y cuando hubiera prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tuviera la edad de 55 años.

En cuanto a los factores que debían servir para determinar la base de liquidación de los aportes, precisó, en su artículo 3º, lo siguiente:

"ARTICULO 3. 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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios

prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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 calcular los aportes."

La disposición antes referida fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que respecto a los elementos salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, estableció:

"ARTÍCULO 1. 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 calcular los aportes."

En suma, las disposiciones antes transcritas, indicaban que quienes accedieran a la pensión de jubilación al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, tendrían derecho a que se les liquidara la misma con fundamento en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3° de la misma ley, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

5.4.2 Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

A través de la Ley 100 de 1993, se crea para los habitantes el territorio Colombiano, el sistema de seguridad social integral, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991. Dicha norma, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual señala que: *"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 sin 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…".

Como se desprende de la norma transcrita, quienes para el 1° de abril de 1994, término de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

De igual forma, el inciso tercero de la norma en cita estableció que "*el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*".

En ese orden de ideas, se advierte que, a pesar de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100/93, en cuanto al monto de la pensión; la norma también establece que el IBL para calcular la misma será el de 10 años o lo que le faltare a la persona para ello. Lo anterior generó, a través de los años, múltiples interpretaciones sobre la forma de liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen de transición.

5.4.3 Régimen de transición: concepto de monto aplicable y factores salariales para liquidar las mesadas pensionales.

En un primer pronunciamiento unificado, frente a la interpretación que debía dársele al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que debían ser incluidos en la pensión, el Consejo de Estado expuso[11]:

"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

[11] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA

económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 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 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. (…) como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda.

(…) respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, (…) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978".

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 subreglas:

94. La primera subregla *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. (…)

96. La segunda subregla *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 subregla se sustenta en el artículo 1° 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 periodicamente 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 el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena antes citada y los aplicará al caso concreto.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Probados

- De acuerdo con el registro civil de nacimiento visible a folio 16 del expediente, el señor Baltazar Enrique Ortiz Pacheco, nació el 21 de octubre de 1949, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2004.

- Que laboró en la ESE Hospital San Judas Tadeo de Simití como auxiliar de información en salud, desde el 1° de junio de 1977 (fl. 58); y, en la ESE Hospital Local San Pablo, desde el 1 de diciembre de 1999, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el cargo de vacunador (fl. 42).

- Mediante **Resolución GNR-322782 del 16 de septiembre de 2014** (fl. 19-25), Colpensiones le reconoció una pensión de jubilación al accionante, manifestando que el mismo contaba con más de 24 años de servicio (1.248), y con la edad necesaria para ello (64 años a la fecha de expedición del acto).

Así mismo expuso, que el interesado era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100/93, por lo que le era aplicable el artículo 1° de la Ley 33/85 en cuanto a la edad, tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del 75%, y que, para liquidar los factores salariales, se tendría en cuenta el artículo 2 de la Ley 62/85.

Para efectos de determinar el IBL aplicable a la accionante, Colpensiones tuvo en cuenta la suma de $1.374.378, a esta suma le aplicó el 75% de tasa de remplazo, para una mesada pensional de $ 1.015.784.oo (fl 22). De igual manera se expuso que, verificado el expediente pensional del actor, se evidenciaba que el asegurado no había allegado certificado de salarios mes a mes (formato CLEBP No. 3) de los tiempos del 27 de mayo de 1991 al 30 de octubre de 1997, por lo cual dichos periodos se insertaron con salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada año respectivamente. Que la liquidación de la prestación económica se efectuó teniendo en cuenta el ingreso base de cotización realizado al sistema general de pensiones, teniendo en cuenta que en el cuaderno administrativo no se allegó certificación del salario y factores del último año de servicios.

- Como quiera que el actor laboró hasta 31 de diciembre de 2014, Colpensiones expidió la **Resolución GNR-77608 del 13 de marzo de 2015**[12], mediante la cual reliquidó la pensión de jubilación del señor Ortiz Pacheco teniendo en cuenta los 13.248 días laborados (correspondientes a 1.892 semanas); el valor de la misma, quedó tasado en $1.063.949, a partir del 1 de enero de 2015, aplicando el 75% del salario del periodo comprendido entre el 21 de octubre de 2004 y el 1 de enero de 2015, para un tiempo de 10 años , dos meses y 8 días y utilizando la Ley 33 de 1985.

- De acuerdo con el certificado de salario mes a mes (Formato No. 3), se tiene que el señor Ortiz Pacheco cotizó en los años 2003-2014, sobre la asignación básica y otros factores salariales pagados (Dto. 1158) (fl. 44-49). De igual forma, en el expediente administrativo se encuentra el mismo certificado en el constan las cotizaciones desde el año 1999, hasta el 2014 (CD exp. administrativo)

- Conforme el certificado emitido por la ESE Hospital Local San Pablo, el demandante, durante el año 2014, devengó lo siguiente: asignación básica, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicio, prima de vacaciones, vacaciones, prima de antigüedad, bonificación por servicios,

[12] Fl 26-33

bonificación por recreación, prima de navidad, cesantías, intereses de cesantías (fl. 50 y 174).

- A través del derecho de petición del 19 de junio de 2015, el demandante solicitó la reliquidación de su pensión (fl.34-41); sin embargo, la misma fue negada a través de la Resolución No. GNR 332011 del 26 de octubre de 2015 (fl 60-72); decisión que fue confirmada a través de la Resolución No. VPB 8373 del 18 de febrero de 2016 (fl. 83-91).

5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el presente asunto se demanda la legalidad de la Resolución GNR-33011 del 26 de octubre de 2015, por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez del demandante; y la Resolución VPB 8373 del 18 de febrero de 2016, por medio del cual se confirma la decisión adoptada en la primera.

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por demostrado que el señor BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ, laboró en la ESE Hospital San Judas Tadeo de Simití como auxiliar de información en salud y en la ESE Hospital Local San Pablo, en el cargo de vacunador, desde el 1° de junio de 1977, hasta el 31 de diciembre de 2014, (fl. 42); que cumplió los 55 años de edad, el 21 de octubre de 2004, puesto que su nacimiento se produjo en el año 1949 (fl. 16).

Atendiendo el cumplimiento de estos requisitos, Colpensiones le reconoció una pensión de jubilación mediante **Resolución GNR-322782 del 16 de septiembre de 2014** (fl. 19-25), con una mesada equivalente al $1.015.784 pesos; pero la misma fue posteriormente reliquidada a través de **Resolución GNR-77608 del 13 de marzo de 2015,** atendiendo que el beneficiario se retiró del servicio activo el 31 de diciembre de 2014; quedando fijada la mesada pensional en el valor de $1.063.949, efectivos a partir del 1 de enero de 2015.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante resaltar que el señor BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ es beneficiario del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100/93, toda vez que para la fecha en la que ésta norma

entró en vigencia – 30 de junio de 1995[13].-, contaba con 45 años de edad y 18 años de servicio[14].
De acuerdo con lo expuesto, el accionante reclama la aplicación de la Ley 33/85, para que se le reliquide su pensión con base en el 75% promedio del todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; Colpensiones por su parte, se opone a dicha pretensión con el argumento de que el régimen de transición solo obedece a la aplicación de la edad, el tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del régimen anterior, pero que el IBL y los factores salariales deben ser calculado con fundamento en la Ley 100/93.

En ese orden de ideas, la Sala procede a dirimir el conflicto presentado, de la siguiente forma:

- ***Aplicación integral de la Ley 33/85 y el ingreso base de cotización***

Como quedó sentado en el marco normativo de esta providencia, el Consejo de Estado ha establecido, por medio de sentencia de unificación del año 2018 que el IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100/93 es el siguiente:

i) A quien le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión (a la fecha en entrada en vigencia de la Ley 100/93), el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello.

ii) O 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.

Bajo ese entendido, queda claro para la Sala que no es posible reclamar la reliquidación pensional con base en el último año de servicios, puesto que el

---

[13] CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de marzo de dos mil (2000) Radicación número: 1257 Actor: MINISTRO DEL INTERIOR ***"Para los servidores públicos del nivel territorial, el sistema entró en vigencia en la fecha que determinó la respectiva autoridad gubernamental, o, "a más tardar el 30 de junio de 1995"***

[14] Art. 36 de la Ley 100/93: "*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 sin son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*

precedente jurisprudencial es claro en determinar que solo pueden tenerse en cuenta para ello, los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus pensional, desde la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

En el caso bajo estudio, se advierte que el señor BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ cumplió los 20 años de servicio el 1 de junio de 1997, aproximadamente y los 55 años de edad el 21 de octubre de 2004; por lo tanto, a la fecha de entrada en vigencia de Ley 100/93 (30 de junio de 1995), le faltaban 9 años, 3 meses y 20 días para adquirir el status pensional; por lo que, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales antes citadas, su IBL debía ser liquidado con base en ese término.

En el sub examine se tiene que, Colpensiones, a través las Resoluciones GNR-322782 del 16 de septiembre de 2014 y GNR-77608 del 13 de marzo de 2015, determinó que el IBL aplicable al accionante debía calcularse con base en los últimos 10[15] años, dos meses y 8 días de servicio; con una tasa de remplazo del 75%, establecidos en la ley 33 de 1985.

Ahora bien, observa la Sala que existe una diferencia entre el tiempo utilizado por Colpensiones para calcular el I.B.L. y el que verdaderamente le correspondía al actor; sin embargo, la Sala no hará pronunciamiento alguno frente a ello, por no ser éste el objeto de la demanda; pues lo que venía requiriendo el señor Ortiz Pacheco era que se le aplicara el I.B.L, teniendo en cuenta el último año de servicio.

Así las cosas, concluye este Tribunal que no le asiste derecho el señor BALTAZAR ENRIQUE ORTIZ PACHECO, para reclamar la reliquidación de su pensión con fundamento en el último año de servicios, puesto que, tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, el IBL no es un concepto sujeto al régimen de transición y por lo tanto debe llevase a cabo según lo establecido en la Ley 100/93.

- ***De los Factores salariales.***

En lo que respecta a los factores salariales, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo sostiene que solo es posible reconocer en la pensión, factores salariales sobre los cuales se hayan realizado aportes al sistema.

[15] Sobre este aspecto también se habla en la Resolución GNR 332011 del 26 de octubre de 2015, en la que se informa que al actor se le tuvo en cuenta, para calcular el IBL, los últimos 10 años de servicio (fl. 71).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, según el Decreto 1158 de 1994, era obligatorio cotizar sobre los siguientes conceptos:

"ARTÍCULO 1°. El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así: Base de cotización.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
g) La bonificación por servicios prestados"

Conforme el certificado emitido por la ESE Hospital Local San Pablo, el demandante, durante el año 2014, devengó lo siguiente: **asignación básica, auxilio de alimentación, subsidio de transporte, prima de servicio, prima de vacaciones, vacaciones, prima de antigüedad, bonificación por servicios, bonificación por recreación, prima de navidad, cesantías, intereses de cesantías** (fl. 50 y 174).

Por su parte, el certificado de salario mes a mes (Formato No. 3), indica que el señor ORTIZ PACHECO cotizó en los años 2003-2014, sobre **la asignación básica y otros factores salariales pagados (Dto. 1158)** (fl. 44-49). De igual forma, en el expediente administrativo se encuentra el mismo certificado en el constan las cotizaciones desde el año 1999, hasta el 2014 (CD exp. administrativo). De lo anterior, se puede extraer con certeza que el demandante cotizó sobre su salario base, pero, a pesar de que también realizó aportes al sistema sobre otros factores, se desconoce cuáles fueron los mismos.

Ahora bien, en la Resolución GNR-322782 del 16 de septiembre de 2014 Colpensiones sostuvo que, para liquidar los factores salariales del actor, se tendría en cuenta el artículo 2 de la Ley 62/85; De igual manera se expuso, que la liquidación de la prestación económica se efectuó con base en el ingreso base de cotización realizado al sistema general de pensiones, teniendo en cuenta que en el cuaderno administrativo no se allegó certificación del salario y factores de los últimos 10 años de servicios.

Partiendo de lo anterior concluye este Tribunal que al demandante se le tuvo en cuenta el IBL establecido en el certificado de salario mes a mes (Formato No. 3); sin que pueda conocerse, específicamente, cuales factores se tuvieron en cuenta para la liquidación. En ese orden de ideas, como quiera que no se logró demostrar la omisión en la inclusión de alguno de los factores salariales devengados por el demandante, no es posible concluir que el acto administrativo demandado se encuentre falsamente motivado, por lo que no es posible acceder a las pretensiones señaladas en el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, esta Corporación procederá a REVOCAR la sentencia de primera instancia.

5.6 De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 032 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN