

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
RADICADO	13001-33-33-004-2017-00222-01
DEMANDANTE	ANGELA PERTERSON DUEÑAS abopino@hotmail.com
DEMANDADO	COLPENSIONES S.A. liliamrodelo@yahoo.es
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	Reconocimiento pensional-IBL e inclusión de factores salariales.

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA²

3.1.1. Hechos de la demanda planteados por la accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- Que la señora Angela Peterson Dueñas cotizó en calidad de empleada publica de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en los cargos de ayudante de enfermería y posteriormente como auxiliar de enfermería por más de 36 años para los riesgos de invalidez, vejez y muerte inicialmente ante la Caja de Previsión Departamental de Bolívar, posteriormente denominada Fondo Departamental de

¹ Folios 94-105 cdr.2

² Folios 1-12 cdr.1



13001-33-33-004-2017-00222-01

Previsión Social del Departamento de Bolívar y por último al Instituto de Seguro Social.

- Que la señora Angela Peterson Dueñas laboró para la ESE Hospital Universitario de Cartagena desde del 16 de octubre de 1967, hasta el 27 de agosto de 2003, desempeñándose en los cargos antes mencionados, tiempo durante el cual tuvo la calidad de empleada pública, característica propia de los cargos que ejerció y de los funcionarios que laboran en las Empresas Sociales del Estado.
- Arguye que Inicialmente fue designada en el cargo de Ayudante de Enfermería del cual tomo posesión el 19 de diciembre de 1967 con efectos retroactivos desde el 19 de octubre de 1967.
- Que posteriormente fue nombrada Auxiliar de Enfermería mediante Resolución No. 01 del 9 de julio de 1978, del cual tomo posesión mediante acta No. 689 del 14 de agosto de 1978 y efectos retroactivos a partir del 1 de mayo de 1976, hasta el 27 de agosto de 2003, fecha en la que fue despedida por supresión de su cargo realizada a través resolución No. 002 de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, notificada según Oficio 218 del 27 de agosto de 2003.
- Que por reunir los requisitos solicitó y obtuvo la Pensión de Jubilación ante el Instituto de Seguro Social mediante la resolución No. 2888 de octubre de 2003, según lo expresado en dicha resolución en aplicación de la Ley 6ª del 1945, en virtud al régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 del 1993 con efectos a partir del 01 de noviembre de 2003, por la suma de \$ 507.787., con mesada pensional liquidada conforme lo indicado en el inciso tercero del referido artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre lo devengado o cotizado ante el ISS, de acuerdo a lo señalado en el mismo acto administrativo, liquidación que debió hacerse con fundamento en las leyes 33 y 62 de 1985, que eran las normas aplicables.
- La demandante presentó solicitud de reliquidación de su pensión, la cual es resuelta, modificando la resolución inicial de la pensión, mediante la Resolución No. 0287 del 03 febrero de 2005, reajustándola por inclusión de tiempos cotizados que no se habían sumado inicialmente, las cuales aumentaron de 1592 a 1812 semanas, incrementando el IBL a \$677.049 con tasa de reemplazo del 75%, para reliquidar la pensión en \$586.228, a partir del 23 de agosto de 2003.



13001-33-33-004-2017-00222-01

Persistiendo en la aplicación indebida de la norma legal, ya que como antes se dijo que el IBL correcto debe ser el consagrado en la Ley 33 de 1985, en concordancia con la Ley 62 del mismo año.

- Que para liquidar la Pensión de Jubilación de la demandante, el ISS a pesar de haber reconocida dicha prestación en virtud al régimen de transición, la normatividad aplicable correcta es la Ley 33 de 1985 en concordancia con la Ley 62 del mismo año, no liquidando la pensión con fundamento en las normas mencionadas, sino con fundamento en lo establecido por la Ley 100 de 1993.
- Que la señora Angela Peterson Dueñas, solicitó a Colpensiones reliquidación de su Pensión de Jubilación, la cual fue radicada bajo el No. 2016_3133759 del 01 de abril 2016, con fundamento en las Leyes 33 y 62 de 1985, en concordancia con el criterio de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, expresado en la Sentencia De Unificación de fecha 4 de agosto de 2010, consejero ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), que dejó sentado que en la liquidación de las pensiones de los empleados públicos debe computarse todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicio, inclusive así no se hayan deducido los respectivos aportes.
- Que Colpensiones mediante Resolución GNR 149825 del 23 de mayo de 2016, negó la reliquidación de la pensión solicitada, argumentando que para la liquidación de la prestación se tendrá en cuenta el "*... artículo 1 de la Ley 33 de 1985, incluyendo como factores salariales que se deberán tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994*". Adicionalmente, COLPENSIONES fundamenta según su criterio en lo preceptuado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y 230 de 2015 que conceptuó que el IBL no fue un aspecto sometido a la transición, por lo cual se debe aplicar lo establecido por la ley 100 de 1993 y normas concordantes.
- La resolución GNR 149825 del 23 de mayo de 2016, fue apelado, escrito que fue radicado en COLPENSIONES bajo el No. 2016_6549440 del 15 de junio de 2016.

13001-33-33-004-2017-00222-01

- Que COLPENSIONES resolvió el recurso de Reposición mediante resolución VPB 31213 del 04 de agosto de 2016, confirmando en todas y cada una de las partes la resolución GNR 149825 del 23 de mayo de 2016, bajo los mismos argumentos con los cuales desde no están de acuerdo, ya que se viola de manera flagrante la sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010.

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad parcial de la resolución No 2888 del 10 de octubre del 2010, proferido por Instituto de Seguros Sociales hoy en liquidación, y por medio del cual se reconoció pensión de vejez a la Sra. Angela Peterson Dueñas.

De igual forma, solicita declarar la nulidad parcial de la Resolución No 0287 del 3 de febrero del 2005 proferida por Instituto de Seguros Sociales, por medio del cual se reliquido la pensión de vejez de la Sra. Angela Peterson Dueñas.

Por otro lado, solicita que se declare la nulidad total de las resoluciones GNR 149825 del 23 de mayo de 2016, expedidas Colpensiones, mediante la cual negó la solicitud de reliquidación de la Pensión de Vejez de la accionante, y la resolución VPB 31213 del 04 de agosto de 2016, expedida por COLPENSIONES, mediante la cual se decidió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución GNR 149825 del 23 de mayo de 2016, expedido por COLPENSIONES, confirmando el acto apelado en todas y cada una de sus partes la resolución apelada.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita:

- Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor de la demandante reliquidación y reajuste de la pensión de Jubilación con aplicación integral de la ley 33 de 1985 y normas concordantes y criterio jurisprudencial, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicios, así: sueldos, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios, bonificación por recreación, prima semestral, prima de navidad, dominicales y festivos, horas extras, incremento de antigüedad, vacaciones, prima de vacaciones, vacaciones en dinero y en general todas aquellas que constituyan salario.

13001-33-33-004-2017-00222-01

- Que en virtud a la reliquidación de la pensión debido a la solicitud de inclusión de todos los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicio, se ordene el reconocimiento y pago del retroactivo pensional de los mayores valores dejados de reconocer y pagar como consecuencia de ello, desde que se causaron hasta cuando se incluya en nómina la actualización de la pensión y se cancelen en su totalidad.
- Que reconozca y pague los reajustes anuales automáticos de ley correspondientes a la pensión de vejez, hasta cuando efectivamente sea incluido y actualice en nómina.
- Que se condene a la parte demandada al pago de las costas que genere este proceso, incluidas las agencias en derecho.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: Artículos 1, 2, 25, 29, 48, 53, 373 y concordantes de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, artículo 36 y concordantes; Ley 33 de 1985, artículo 1, 3; Ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; Decreto 1158 de 1994; Ley 1437 de 2011; Sentencia del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010.

Sostiene que la entidad demandada se apartó de manera grosera de lo preceptuado por la parte final del artículo 1 de la ley 33 de 1985 en concordancia con la ley 62 del mismo año y como si fuera poco, toma en cuenta los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, por encima de lo que determina tanto la ley 33 como la 62 de 1995, en concordancia con la interpretación que de tiempo atrás venía haciendo el Consejo de Estado.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA-COLPENSIONES.³

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término establecido en la Ley, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda al considerar que al momento de emitir las resoluciones actuó conforme la ley aplicable y de acuerdo con el tiempo de cotización y probado por el demandante.

Señala que se opone a las pretensiones toda vez que la demandante fue liquidada conforme a los factores salariales, señalados en el artículo 1, del

³ Folio 57 cdr.1

13001-33-33-004-2017-00222-01

Decreto 1158 de 1994 y demás conceptos reportados a esta entidad, atendiendo el principio de favorabilidad, al establecer el mejor ingreso base de liquidación y mesada pensional para el afiliado, establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepción, las siguientes:

1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR.
2. BUENA FE.
3. COBRO DE LO NO DEBIDO
4. PRESCRPCION.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

4.1. Sentencia De Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)⁴, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Consideró el A-quo que a la actora no le asiste derecho a la reliquidación y reajuste de la mesada pensional con la inclusión de todos los factores salariales por ella devengados en el último año de servicio, por cuanto al alcanzar su estatus de pensionada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le resulta aplicable la transición contemplada en el artículo 36 de dicha ley; teniendo en cuenta solo la edad, tiempo de servicio y monto o tasa de reemplazo que se gobiernan por el régimen anterior, en tanto que el IBL, al quedar expresamente excluido del régimen transicional, ha de configurarse de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100, esto es, teniendo en cuenta el promedio devengado durante el tiempo que le faltaba para alcanzar su estatus al momento de entrar en vigencia la precitada Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta sólo los factores taxativamente señalado en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales se le efectuó descuentos por aportes.

4.2. Recurso de Apelación. ⁵

⁴**PRIMERO:** DENEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia. Archívese el expediente, previa devolución del remanente de los gastos del proceso, en el evento en que sean reclamados oportunamente."

⁵ Folio 107 cdr. 2

13001-33-33-004-2017-00222-01

La Parte demandante presentó recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se condene a la demandada al restablecimiento del derecho ordenando la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio y el reconocimiento y pago de los mayores valores de las mesadas pensionales desde que se causaron hasta cuando se paguen efectivamente y actualice en nómina de pensionados e indexación de la primera mesada.

Aduce que es claro que la demandante se hizo acreedora al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que las normas aplicables son las contenidas en la Ley 33 de 1985 y 62 del mismo año, no obstante, en cuanto a la determinación del Ingreso Base de Liquidación o IBL, Colpensiones tuvo en cuenta lo señalado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años y los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, por ende, es evidente la descontento de la actora, debido a que de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985, el ingreso a tener en cuenta (factores salariales) para la liquidación de la pensión de los servidores públicos es el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio.

Sostiene que es Indiscutible que los actos administrativos demandados a través de este medio de control, violan clara y contundentemente las normas ley 33 y 62 de 1985 y jurisprudencia de UNIFICACION del Consejo de Estado.

4.3. Trámite procesal segunda instancia.

Con auto de fecha cuatro (04) de julio de dos mil diecinueve (2019)⁶, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)⁷, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.4. Alegaciones.

La parte demandada-COLPENSIONES⁸ -presentó alegatos de conclusión

La entidad demandante No presentó alegatos de conclusión.

⁶ Folio 4 cdr.2

⁷ Folio 18 cdr.2

⁸ Folio 22 cdr.2

4.5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

V. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de segunda instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Conforme a los recursos de apelación, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar lo siguiente:

¿Le asiste a la parte actora el derecho a que su pensión sea liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional?

6.3. TESIS DE LA SALA.

13001-33-33-004-2017-00222-01

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, considerando que, si bien la señora Angela Peterson Dueñas es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dicho beneficio solo le es favorable en cuanto permite la aplicación de la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo del régimen anterior, no siendo así para lo que se refiere al IBL ni para los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión. Bajo ese entendido la actora solo tiene derecho a que se le reconozcan los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y que estos hubiesen sido devengados, de acuerdo con la interpretación realizada en la sentencia de fecha 28 de agosto de 2018 del H. Consejo de Estado⁹, precedente de obligatorio cumplimiento.

El anterior planteamiento, impone necesariamente confirmar el fallo apelado, conforme se pasará a estudiar

6.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

6.4.1. La seguridad social como derecho fundamental.

El derecho a la seguridad social, ha sido entendido¹⁰ desde dos perspectivas constitucionales, de una parte, como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y, por otro lado, como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos.

Igualmente, se ha señalado que de este derecho se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la Ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada¹¹.

Bajo esta perspectiva, la garantía y goce de la pensión, como derecho fundamental integral de la seguridad social, debe ser estudiado y aplicado desde una perspectiva constitucional, bajo los principios de universalidad y solidaridad, a la luz de la interpretación constitucional.

⁹ Radicado: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

¹⁰ Sentencia T-039 de 30 de enero de 2017. Expediente T-5.788.327. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ Sentencia T-013 de 14 de enero de 2011. Expediente T-2735520. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

6.4.2. Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

El régimen de transición permite mantener algunas condiciones pensionales establecidas para los regímenes que se encontraban vigentes antes de la Ley 100 de 1993. Las Altas Cortes, unificaron la interpretación del régimen de transición frente a la liquidación de este tipo de pensiones. En virtud de lo anterior, las entidades públicas y los jueces de la República, reconocen estas pensiones teniendo en cuenta los siguientes elementos:

Para las mujeres 35 años de edad o más, y para los hombres 40 años de edad o más, y/o 15 años de servicio o cotizados para ambos. Estos requisitos deberán acreditarse al 1º de abril de 1994, si eres servidor del orden nacional, o al 30 de junio de 1995, si eres servidor del orden territorial.

En Concepto del 18 de diciembre de 2019, la Unidad de Pensiones y Parafiscales expuso un resumen acerca de la Liquidación y factores de las pensiones reconocidas con aplicación del régimen de transición, tomando como fundamento los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado:

“Ingreso base de cotización:

Si faltaren menos de 10 años:

- i. El promedio de los devengados en el tiempo que le hiciera falta para ello,*
- ii. El cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con la base en la variación de IPC.*

Si faltaren más de 10 años:

El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del IPC.

Factores Salariales:

- Factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.*
- Los demás factores que el legislador haya establecido expresamente que se deben incluir en el IBL de la pensión, con la demostración de sus respectivas cotizaciones al sistema general de pensiones.”¹²*

6.4.3. De la liquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

La Sala Plena del Consejo de Estado unificó las reglas relacionadas con el IBL de las pensiones de la Ley 33 de 1985, en virtud de la transición

¹²https://www.ugpp.gov.co/sites/default/files/sites/default/files/nuestra_unidad/18122019-Regimen-transicion.pdf

13001-33-33-004-2017-00222-01

establecida en la Ley 100 de 1993¹³, en dicho pronunciamiento señaló la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo 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.”

En este orden, se tiene que los beneficiarios del régimen de transición pensional, en cuanto al IBL para su liquidación se debe efectuar con base en lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y conforme al artículo 21 de esta norma, sobre los factores efectivamente cotizados y de acuerdo a lo contemplado en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, y teniendo en cuenta los diez últimos años de servicios si el tiempo faltante para adquirir el derecho fuere inferior a este lapso, o en todo el tiempo cotizado si el tiempo faltante fuere superior.

Adicionalmente, el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 señala una reliquidación del monto pensional cuando se trata de funcionarios y empleados públicos, cuando hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y no se hayan retirado del cargo, con inclusión de los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución

6.5. CASO EN CONCRETO.

6.5.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

- Oficio BZ2017_532017-0127154 de fecha 03 de febrero de 2017, por medio de la cual se responde una petición donde se solicitaba copia auténtica con las constancias de notificación y ejecutoria de los actos administrativos. (Fl.12)
- Copia de la Resolución N.º 2888 del 10 de octubre de 2003, por medio de la cual se resuelve una solicitud de prestación económica en el Sistema General de Pensiones, Regímenes de Prima Media con Prestación Definida. (Fl.13)

¹³ Sentencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

13001-33-33-004-2017-00222-01

- Copia de la Resolución No. 0287 del 03 de febrero de 2005, por medio de la cual se resuelve un revisar una solicitud de reliquidación de la pensión en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. (Fl.15)
- Formato de solicitud de prestaciones sociales de fecha de 01 de abril de 2016. (Fl. 16-17)
- Petición de reliquidación y reajuste de la pensión de jubilación de la señora Angela Peterson Dueñas a Colpensiones. (Fl.18-21)
- Petición de reliquidación y reajuste de la pensión de jubilación de la señora Angela Peterson Dueñas a Colpensiones. (Fl.22)

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

Descendiendo al asunto objeto de estudio, se tiene que, la actora es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que había alcanzado uno de los requisitos que la hacen acreedora de dicho régimen previsto en el artículo 36 de la mencionada ley, como es tener más de 40 años a su entrada de vigencia, es decir, al 01 de abril de 1994, ello como quiera que la actora Angela Peterson Dueñas nació el día 31 de mayo de 1949 y a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 44 años de edad.

Ahora bien, lo antes mencionado no fue objeto de discusión de las partes teniendo en cuenta que el reconocimiento de la pensión se fundamentó en el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no obstante, es un hecho fundamental en el presente asunto, por cuanto le corresponderá a esta Sala determinar si la señora Angela Peterson Dueñas al ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión de vejez en base a la Ley 33 de 1985, por cumplir con los requisitos exigidos para su reconocimiento.

Una vez resuelto ello, se deberá determinar si le asiste derecho al demandante que su pensión sea liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional.

Que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, significa que se le debía aplicar del

13001-33-33-004-2017-00222-01

régimen anterior- Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, etc-, únicamente en lo concerniente al tiempo de servicio, edad y tasa de reemplazo, puesto que, el ingreso base de liquidación, debía calcularse conforme el promedio de **lo cotizado en el tiempo que le hiciera para falta para adquirir el derecho-** si el término fuera menor a 10 años- o el promedio de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional. También podrá tenerse en cuenta el promedio de todo lo cotizado en la historia laboral, siempre y cuando acredite 1250 semanas cotizadas (artículo 21 de la Ley 100 de 1993); caso en el cual tendrá una tasa de reemplazo conforme a las previsiones de la Ley 100/93.

Como a la demandante se le aplicó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe seguir la regla y subreglas previstas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por la Sala Plena de la Corporación¹⁴,, es decir, que el IBL debe establecerse en los términos del inciso 3.º del artículo 36 o del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales con fundamento en el Decreto 1158 de 1994.

En ese orden se tiene que la entidad demandada en la Resolución 2888 del 10 de octubre de 2003, reconoció la pensión de la accionante y aplicó en la liquidación lo devengado o cotizado al ISS con fundamento al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, se precisa que, a los beneficiarios del régimen de transición, se debe calcular el IBL conforme lo prevé el artículo 36 o el 21 de la Ley 100 de 1993 y no conforme el promedio de lo devengado en el último año de servicio, como lo pretende la accionante.

En tal sentido, es dable considerar que le asiste razón a la entidad demandada al aplicarle a la demandante el promedio de lo cotizado durante los ultimo 10 años a su reconocimiento.

Antes de abordar sobre los factores salariales, es preciso indicar que una de las inconformidades de la parte demandante es la falta de aplicación de la sentencia de unificación de fecha 04 de agosto de 2010. Respecto a esta, es preciso indicar que en ella se estableció que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para el IBL a fin de liquidar la pensión de jubilación de los empleados públicos, serían aquellos sobre los cuales se hubiese devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, sin importar si sobre ellos se hubiese cotizado o no.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado No. 52001233300020120014301. C.P. César Palomino Cortés.

13001-33-33-004-2017-00222-01

La posición anterior, fue rectificada por el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018¹⁵, apartándose a la línea jurisprudencial que hasta la fecha venía aplicando y se acogió a la posición adoptada por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013¹⁶ y SU-230 de 2015¹⁷, y en consecuencia, manifestó que si bien el IBL hace parte del régimen de transición, este se aplicará de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 o, según lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y no en los términos consagrados en la normatividad anterior, fijando de ese modo, una nueva regla jurisprudencial frente al asunto en cuestión, posición que ha sido acogida por este Tribunal.

En lo concerniente a los factores salariales que se deben incluir en la liquidación de la pensión, la Sala aplicará la segunda subregla fijada en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, entendiendo que en principio los factores salariales con los que se debe calcular el ingreso base de liquidación- IBL, son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

De las pruebas obrantes en el expediente consta un certificado de salarios emitido por la entidad donde laboraba la accionante, en el que se determinan los factores que devengó desde el 2000 al 2003¹⁸ allí se indicó que la demandante en esos años devengó sueldo básico, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicio, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad.

De estos factores se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, la asignación o sueldo básico, bonificación por servicios y prima de antigüedad.

Es menester aclarar que dentro de las resoluciones demandadas no se detallan los factores salariales que fueron incluidos para realizar la respectiva liquidación y, por tanto, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso que establece: "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*".

Lo anterior se fundamenta en que probatoriamente se le imposibilita a la Sala comprobar que factores salariales no fueron incluidos dentro de la

¹⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado No. 52001233300020120014301. C.P. César Palomino Cortés.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia del 07 de mayo de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia del 29 de abril de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁸ Folio 44 cdr.1 y expediente electrónico CD

13001-33-33-004-2017-00222-01

resolución que reconoció la pensión de vejez, puesto que estas no se especifican que factores fueron tenidos en cuenta.

En consecuencia, se concluye que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicio conforme a la postura asumida por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018. Ahora bien, comoquiera que la parte demandante no demostró que la entidad demandada a través del acto acusado omitió incluirle alguno de los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, se mantiene la presunción de legalidad de los actos acusados, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

6.6. CONDENA EN COSTAS.

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

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado

13001-33-33-004-2017-00222-01

Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

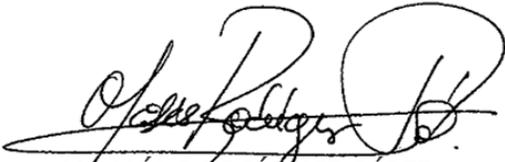
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Las anteriores firmas corresponden a la sentencia de segunda instancia proferida dentro del Proceso Radicado con el No. 13001-33-31-004-2017-00222-01.