

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-001-2018-00072-01
Demandante	ROSARIO DEL SOCORRO GONZÁLEZ CARABALLO
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
TEMA	Reliquidación pensión – régimen de transición – inclusión de factores salariales devengados durante el último año de servicios.
Magistrada Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de fecha 11 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA¹

3.1.1. PRETENSIONES²

¹ Fl. 1-15.

² Fl. 1-3.

PRIMERO: Que se declare nulidad de la Resolución No. SUB 241269 del 28 de octubre de 2017, a través de la cual se reliquidó la pensión de vejez a favor de la señora Rosario del Socorro González.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad de la resolución DIR 20035 del 09 de noviembre de 2017, que resolvió el recurso de apelación y confirmó en todas sus partes la Resolución SUB 241269 del 28 de octubre de 2017.

TERCERO: Como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos demandados, se ordene a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del salario percibido en el último año de servicio y en la que se incluyan todos los factores salariales devengados. De igual manera deberá cancelarle las diferencias que resulten entre el valor de la pensión reliquidada y el valor inicial de la pensión reconocida.

CUARTO: Que se condene a COLPENSIONES al pago de la indexación y de los intereses moratorios. Así como las costas en la que se incluyan las agencias en derecho.

QUINTO: Que se reconozcan los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el no pago oportuno de las diferencias que resulten a favor de la demandada entre la mesada pensional reconocida y la pensión reliquidada.

SEXTO: Que los valores que resulten en la sentencia sean ajustados en los términos del inciso cuarto del artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Que la sentencia se ejecute en la forma y términos que consagra en los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA.

OCTAVO: Que se condene en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

3.1.2. HECHOS³

La señora Rosario del Socorro González Caraballo estuvo vinculada al Hospital Universitario del Caribe de Cartagena, en calidad de empleada pública desde el 01 de mayo de 1976 hasta el día 01 de septiembre de 2001.

Que el 07 de junio de 1997 cumplió 55 años edad, por lo que el día 07 de octubre de 1997, presentó solicitud de jubilación ante el Seguro Social.

El Seguro Social a través de la Resolución 0001914 del 26 de julio de 2001 le reconoció la pensión de jubilación por aportes establecida en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, a partir del 01 de agosto de 2001, en una cuantía inicial de \$624.830, en la que se tuvo en cuenta en inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para determinar el ingreso base de liquidación.

Posteriormente, el 14 de septiembre de 2017, a través de petición con radicado No. 2017-9698824, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión establecida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y la reliquidación de su pensión de jubilación con el salario promedio devengado en el último año de servicio y la inclusión de todos los factores salariales en el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 2000 hasta el 01 de septiembre de 2001.

Señaló que, Colpensiones mediante la Resolución SUB 241269 del 28 de octubre de 2017, reliquidó su pensión de jubilación con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, pero solo de carácter aritmético, debido a que no accedió a liquidar la pensión con el salario devengado en el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales.

Contra la anterior decisión, el día 31 de octubre de 2017, interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto a través de la Resolución DIR 20035 del 09 de noviembre de 2017, que confirmó en todas sus partes la Resolución SUB 241269 del 28 de octubre de 2017.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

³ Fl. 3-4.

La demandante señaló como violadas las siguientes disposiciones:

- I) Constitución Política: Artículos 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58, 90
- II) Ley 57 y 153 de 1887, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, artículo 2 de la Ley 5 de 1969, artículos 24 y 36 de la Ley 100 de 1993, artículos 21 y 127 del Código sustantivo del trabajo.
- III) Decreto 691 de 1994, Decreto 1158 de 1994, parágrafo 1 del artículo 6 del Decreto 1160 de 1947, Artículo 45 de Decreto 1045.

Señaló que las pensiones de jubilación deben liquidarse con fundamento al correspondiente estatuto; que la remuneración, es todo lo percibido por el empleado o trabajador oficial por causa directa o indirecta de su vinculación laboral, concepto que sostiene, se adapta a su caso, en donde el Instituto de Seguros Sociales al liquidar su primera mesada pensional, desconoció factores salariales que constituyen remuneración por la labor que desempeñó y que debieron ser incluidas para efectos de liquidar su pensión.

En cuanto a los intereses moratorios, dijo que su derecho pensional se consolidó durante la vigencia del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual en su caso sería procedente que se apliquen los intereses moratorios por las diferencias y mesadas dejadas de percibir, al igual que la indexación de todas las sumas resultantes a fin de no ver disminuida su capacidad adquisitiva en el tiempo.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. COLPENSIONES⁴

Se opuso a las pretensiones de la demanda, advirtiendo que la entidad, al momento de emitir las resoluciones que se demandan, actuó de conformidad con la ley aplicable y con el tiempo de cotización probado por el demandante.

Determinó que la demandante, pretende la reliquidación de su pensión de vejez, estableciendo su ingreso base de liquidación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados, teniendo en cuenta el 75% de su

⁴ FL. 75-81.

último año de servicio conforme lo preceptuado en la Ley 33 de 1995, al considerar que es más favorable.

Sin embargo, argumenta que de conformidad a la sentencia SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017, el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, y en consecuencia, solo se podría, para efectos de determinar los factores salariales que a su vez, determinarían el ingreso base de liquidación, lo contemplado en el Decreto 1158 de 1994, al ser la norma que precisa la Ley 100 de 1993, para tales efectos.

Como excepciones de mérito propuso i) la inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, ii) buena fe, iii) cobro de lo no debido y, iv) prescripción.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵.

Mediante sentencia del once (11) de junio de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda con base en lo siguiente:

Sostuvo que, a la determinación del ingreso base liquidación de la demandante le es aplicable el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello, teniendo en cuenta que, a la fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley, a la actora le faltaban menos de 10 años de servicio para adquirir el derecho pensional.

Consideró la Juez que la demandante adquirió el estatus el 7 de junio de 1997, como quiera que en ese año cumplió 55 años de edad; por lo que cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 le hacían falta 3 años, 2 meses y 6 días para adquirir el derecho. Por lo anterior, el ingreso base de liquidación debió determinarse teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere más favorable, razón por la cual, no tiene derecho a que se liquide teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

⁵ Fl. 105-112.

Por otro lado, señaló que la indexación de la primera mesada pensional pretendida por la actora no resulta procedente, según los criterios jurisprudenciales establecidos, toda vez que, la demandante cuando cumplió el requisito de la edad, con el cual adquirió el estatus pensional, esto es, el 07 de junio de 1997, continuó laborando y, por lo tanto, su salario no sufrió pérdida del poder adquisitivo que justifique aplicar la indexación en los términos establecidos por la jurisprudencia.

Aunado a lo anterior, dijo que, a través de la Resolución SUB241269 la entidad demandada le reliquidó la pensión para efectos de incluir los tiempos de servicios causados con posterioridad al reconocimiento pensional, es decir, el tiempo que laboró desde el 01 de agosto de 2001 hasta el 01 de agosto de 2009, fecha en que se retiró del servicio.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN.

3.4.1 DEMANDANTE⁶

En cuanto a la decisión apelada, sostuvo que al caso concreto se le debe aplicar de forma integral lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y no los criterios que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han determinado para calcular la liquidación del ingreso base.

Señaló que, liquidar el IBL de acuerdo a los establecido en el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 viola de forma directa el principio de inescindibilidad, progresividad y no regresividad y el principio constitucional de favorabilidad, también recalcó que, la misma Ley 33 de 1985 en sí castiga al empleado cuando fija la tasa de remplazo en un 75% y más cuando éste se da cuenta que el empleador sólo le cotizó sobre el salario y máximo por la prima de servicios, dejando por fuera otros factores que por ser pagados de forma habitual y periódica como contraprestación del servicio debían integrar el salario

Por otro lado, reiteró los argumentos dados en el escrito de la demanda y solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y como

⁶ Fl. 119-124.

consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda, debido a que este no se ajusta a lo establecido en la Constitución Política y la Ley.

3.5. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se admitió mediante auto del 25 de noviembre de 2019. En esa misma providencia- previa ejecutoria de la decisión relacionada con la admisión del recurso-, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para presentar concepto de fondo (fl.132).

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada solicitó que se absolviera a la entidad de todas las pretensiones de la demanda⁷; como argumento, dijo que a la actora le fue aplicado el régimen pensional señalado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la forma en la que se liquida el IBL de las prestaciones es la contemplada en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o en el artículo 21 de la misma normativa.

Aunado a lo anterior, dijo que la pensión que viene percibiendo la demandante se reconoció bajo los postulados de la Ley 100 de 1993 por ser la más favorable y no por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, ya que la mesada pensional con la primera norma corresponde al valor de \$925.321 mientras que con la norma solicitada por la demandante arroja el valor de \$830.222 en consideración con la tasa de reemplazo. Finalmente, dijo que los factores salariales son los consagrados en el Decreto 1158 de 1994.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de esta primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello, y como en esta instancia no se observan vicios procesales

⁷ Fl. 135-138.

que acarreen la nulidad del proceso, o impidan proferir decisión de fondo, se procede a dictar sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. CUESTIÓN PREVIA

Conforme lo dispone el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público, en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.

En el presente caso, no se seguirá el turno correspondiente de sentencia, en atención a la naturaleza laboral y de seguridad social debatida en el proceso y a la situación o condición médica que ha expuesto el demandante.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Para formular el problema jurídico a resolver en esta instancia, la Sala debe tener en cuenta los argumentos de impugnación de la parte demandante, que son los que limitan la competencia de este Tribunal, en aras de la prevalencia del principio fundamental de la *no reformatio in peius*, partiendo de afirmar que el único punto de controversia está dado por la aplicación de las reglas jurisprudenciales de la Corte

Constitucional y el Consejo de Estado, en cuanto al IBL aplicable a las personas cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, la Sala propone abordar los siguientes planteamientos:

General: *¿Se debe revocar, confirmar o modificar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda?*

Específicos:

¿Para liquidar la pensión de la accionante, se debió tener en cuenta lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, relativo a la forma de calcular el ingreso base de liquidación o, por el contrario, debe entenderse que el régimen de transición comprende la totalidad de los elementos contemplados en la Ley 33 de 1985?

¿Qué factores salariales se debieron tener en cuenta para liquidar la pensión de vejez de la demandante?

4. TESIS

La sentencia de primera instancia se debe confirmar, porque la demandante al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero no alcanzar el status de pensionada con antelación a su vigencia, no tiene derecho a que se reliquide su pensión de vejez conforme a las normas anteriores, esto es con la Ley 33 de 1985 y sobre todos los factores de salario devengados en el último año de servicios como lo solicitó en la demanda, sino de conformidad con las reglas previstas en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem y los factores de salario sobre los cuales demostró haber cotizado.

De igual manera, no procede incluir los demás factores reclamados por la demandante, como el subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad y promedio recargo mensual, porque no se probó que sobre

los mismos se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.1. Principios.

La Sala, para la resolución del caso concreto, dará aplicación a los siguientes principios: i) igualdad en la aplicación de la ley, que exige tratar de manera igual situaciones análogas a partir de la Unificación de la jurisprudencia de las altas Cortes; (ii) seguridad jurídica, (iii) rigor judicial y coherencia en el sistema jurídico.

Con fundamento en ellos, realiza la subsunción del asunto en el precedente contenido en las Sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-631 de 2017, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017; el que, a su vez, concuerda en lo fundamental, con la decisión reciente de Unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018.

Ambas Corporaciones, recalcaron que, a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación se calcula con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem y los factores a tener en cuenta son aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema de Pensiones.

5.2. Régimen de transición pensional en el Sistema General de Pensiones

Con anterioridad a la Ley 100 de 1993 el legislador fijó requisitos y condiciones para acceder a la pensión de jubilación, entre otras disposiciones, en la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990.

Sin embargo, 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 referida ley 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 siguieran rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados o al que les resultara más beneficioso.

En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010 o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigor de dicho Acto Legislativo.

En resumen, la transición debe entenderse como una prerrogativa que estableció el legislador a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones – 1º de abril de 1994 nivel nacional o 30 de junio de 1995 nivel territorial, tuvieran 35 años o más para el caso de las mujeres, 40 años, o más para el caso de los hombres, o 15 años o más de servicio, se le aplicaría el régimen anterior al que se encontraban afiliados. No obstante, como más adelante se va a

determinar, del régimen anterior, sería aplicable únicamente lo concerniente a la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo.

5.3. Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición.

Respecto a esta temática, referida a la incidencia del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es de precisar que fueron distintas las posturas que asumieron en torno a los aspectos que comprendía la aplicación de la transición pensional.

Así pues, en lo que atañe a la jurisdicción contenciosa administrativa, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010⁸, hizo un análisis del ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa, y con ponderación de los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, de las finanzas públicas en armonía con los derechos laborales y del concepto de salario.

En tal sentido, sentó como tesis en relación con el periodo e ingreso base de liquidación de esas pensiones que se debía liquidar en el 75% de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios.

Esta tesis se consolidó desde entonces con el transcurso del tiempo, tornándose como regla general. No obstante y ante el cisma de la unidad interpretativa presentada entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, entre sus Secciones y los Tribunales Administrativos; mediante sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, la Sala Plena del Consejo de Estado, nuevamente analizó la temática y, concluyó que: 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 y que el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el ingreso base de liquidación previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

⁸ Radicado: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09)

La regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue la siguiente:

«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».

Y como subreglas, se plantearon las siguientes:

(i) “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 hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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.”⁹

(ii) “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”¹⁰.

Sobre los factores, **el Decreto 1158 de 1994** establece lo siguiente:

“ARTICULO 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

⁹ Consejo de Estado. Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01

¹⁰ Ibídem.

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 y 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".

5.4. Efectos de la sentencia de unificación.

Estableció la Sala Plena del Consejo de Estado que las reglas jurisprudenciales fijadas en dicho pronunciamiento se deben acoger de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos probados

5.5.1.1. Conforme a la copia de cédula de ciudadanía aportada, la demandante nació el 07 de junio de 1942 (fl. 19).

5.5.1.2 Consta en el expediente copia la Resolución No. 0001914 del 26 de julio de 2001 por medio de la cual el Instituto de Seguro Social, concedió una pensión de jubilación por aportes a la demandante desde el 1° de agosto de 2001; en la parte considerativa de dicha resolución, la entidad señaló que la actora se encontraba cubierta por el régimen de transición y, por consiguiente, el reconocimiento de la pensión de jubilación era viable teniendo en cuenta la edad, el tiempo cotizado, y el monto en que el régimen anterior a la vigencia del sistema general de pensiones le era aplicable, que en su caso sería el establecido en la Ley 71 de 1988. Que la liquidación de la pensión de efectuó tomando el promedio de lo

devengado durante el tiempo que hacía falta para tener derecho a la pensión a la entrada en vigencia la ley, actualizado anualmente con el I.P.C.(fl. 21).

5.5.1.3 A través de petición presentada el 14 de septiembre de 2017, la demandante solicitó ante Colpensiones la reliquidación de su pensión de jubilación según lo descrito en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es decir, que le reliquide la pensión de jubilación según el salario promedio devengado en el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en ese año y la indexación de la primera mesada pensional (fl. 22-27).

5.5.1.4 Obra a folio 29-35 del expediente, la Resolución SUB241269 del 28 de octubre de 2017, por medio de la cual se reliquidó el pago de la pensión de vejez de la demandante, teniendo en cuenta que la actora cotizó 1,367 semanas y nació el 7 de junio de 1947. La liquidación se realizó de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, es decir, se tomó en cuenta los requisitos de ley que cumplía y cual sería las más favorable.

Para el análisis de la pensión reconocida, se tomó en cuenta que el (la) peticionario (a) cumple los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicada por favorabilidad el indicado en la columna "Aceptada Sistema":

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL 1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
20 años de servicio a Estado y 55 años de edad (Transición frente a ley 33)- Legal Decreto 2527 (Tr	7 de junio de 1997	14 de septiembre de 2014	1.700.817.00	442.686.00	1	75.00	1.493.000.00	SI
Régimen de Transición Ley 71 de 1988 NACIONAL	7 de junio de 1997	14 de septiembre de 2014	1.700.817.00	438.594.00	1	75.00	1.493.000.00	NO
1000 semanas y 55 o 60 años de edad Legal	7 de junio de 1997	14 de septiembre de 2014	1.700.817.00	438.594.00	1	85.00	1.329.871.00	NO

5.5.1.5 La anterior decisión fue apelada por la señora Rosario del Socorro González mediante escrito presentado el día 31 de octubre de 2017 en el que reiteró la solicitud de reliquidación de la mesada pensional de acuerdo al artículo 1 de la Ley 33 de 1985 (fl. 36-40).

5.5.1.6 Colpensiones emitió el 09 de noviembre de 2017 la Resolución DIR-20035 en la que confirmó en todas sus partes la Resolución No. SUB241269 del 28 de octubre de 2017 (fl. 42-48), al considerar que la reliquidación de la pensión efectuada en favor de la actora era más beneficiosa a la pretendida.

5.5.1.7 La Secretaría de Salud Departamental de Bolívar, certificó que la señora Rosario González prestó sus servicios en la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de Cartagena, como empleada pública desde el 1° de mayo de 1976 hasta el 1° de septiembre de 2001, desempeñando el cargo de supervisora, con una asignación básica mensual de \$826.080(fl. 49). La anterior información también se acreditó a través de Certificado de Información Laboral, en el que además consta que la actora realizó aportes para pensiones desde el 1° de mayo de 1976 hasta el 1° de septiembre de 2001 (fl. 50-51).

5.5.1.8. La actora devengó en el año 2000 y en los meses comprendidos de enero a agosto de 2001, de acuerdo al certificado expedido por la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar¹¹, los siguientes factores: **suelo, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones.**

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

De acuerdo con las reglas que estableció la Sala Plena del Consejo de Estado en torno al ingreso base de liquidación en el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, se procede a emitir pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones formuladas por la demandante, en las que solicita esencialmente que se reliquide la pensión con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año.

Precisado lo anterior, en el presente caso está probado que la demandante nació el 07 de junio de 1942. En cuanto a los servicios prestados está

¹¹ Fl. 52

demostrado que acreditó un total de 1367 semanas cotizadas. También está demostrado que adquirió el estatus pensional el día 07 de junio de 1997.

También está demostrado que empezó a disfrutar de la pensión a partir del 01 de agosto de 2001 en cuantía de un \$624.830 equivalente al 75% del promedio de la cotizado en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, es dable concluir que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello, debido a que a la entrada en vigor de dicha ley (30 de junio de 1995), tenía 53 años y 23 días.

Esto significa que se le debía aplicar del régimen anterior- ley 33 de 1985-, 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 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).

En el presente caso, la demandante a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 tenía 53 años y 23 días, quiere ello decir, que le hacían faltan menos de 10 años para adquirir el derecho, le faltaba 1 año 11 meses y 8 días para los 55 años de edad, consolidando el derecho el 07 de junio de 1997.

Por lo tanto, como respuesta al primer interrogante, se debe indicar que la pensión se debió liquidar con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, es decir, el periodo que va desde de junio de 1995 hasta septiembre de 2001, fecha en que se retiró definitivamente del servicio. Se debe advertir que la demandada en la Resolución No. 0001914 del 26 de julio de 2001, por medio de la cual le reconoció la pensión, tuvo en cuenta el tiempo que le hacía falta para tener el derecho.

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, entendiéndose 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, salvo que se pruebe que cotizó al sistema sobre factores distintos a los señalados en el citado decreto.

Debe precisarse con relación a los factores salariales que reclama y que no incluyó la entidad, correspondientes al subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad, los mismos no pueden ser tenidos en cuenta para liquidar su pensión de vejez al no estar enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y si bien allegó al expediente las certificaciones visibles a folios 50, 51 y 52 por medio de las cuales se acredita que durante el año 2000 y los primeros 8 meses del año 2001 las devengó, no acreditó haber efectuado los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones sobre los mismos.

En ese sentido, debe la Sala señalar que, respecto de los factores de bonificación por servicios y prima de antigüedad y promedio recargo mensual, los cuales por estar enlistados en el mencionado Decreto 1158 de 1994 serían susceptibles de ser incluidos en el IBL de la pensión de la actora, la Sala encuentra que no probó, como era su deber, que durante el tiempo que le faltaba para pensionarse, hubiese efectuado los aportes a la Seguridad Social en Pensiones.

La entidad demandada en el acto que reconoció el derecho no indicó los factores sobre los cuales liquidó el IBL. Sin embargo, en la parte considerativa de la Resolución SUB241269 del 28 de octubre de 2017 (fl.29-35), a través de la cual le se reliquidó la pensión a la actora, la entidad demandada determinó que solo se tuvo en cuenta su asignación básico mensual, toda vez que es el único que certificó de los previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Por otro lado, está probado que la actora solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios, la indexación de la primera mesada y el reconocimiento de los intereses en mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, entre otros, al considerar que esta le era más favorable, petición que fue accedida a través de la Resolución SUB241269 del 28 de octubre de 2017, no obstante, en la reliquidación pensional se tuvo en

cuenta la asignación básica por ser el único factor certificado de acuerdo al Decreto 1158 de 1994, también se tuvo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% al cual se le aplicó lo expuesto en la ley 33 de 1985, en los últimos 10 años de servicio.

La anterior resolución fue apelada, cuyo recurso fue resuelto mediante Resolución DIR 20035 del 09 de noviembre de 2017, en el que la demandada confirmó la Resolución No. SUB241269 del 28 de octubre de 2017, al considerar que acceder a la reliquidación pretendida por la actora no era procedente, debido que la pensión que se le reliquidó le resultaba más favorable entre aquellas a las que podía acceder por cumplir los requisitos.

Por todas las anteriores razones, la sentencia de primera instancia será confirmada en su totalidad.

5.5.3. Costas en segunda instancia.

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”*.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida en el proceso, 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, 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: CONFIRMAR la sentencia de fecha 11 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado