



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, diecinueve (19) febrero de dos mil veinte (2020)

Sentencia No. 0020

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	88-001-33-33-001-2017-00216-01
Demandante	Virginia Archbold Brown
Demandado	Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha de 08 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial en audiencia, dentro del proceso iniciado por Virginia Archbold Brown, en contra del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO. DECLÁRENSE no probadas las excepciones planteadas por la entidad demandada.

SEGUNDO. DECLÁRENSE la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 004098 del 15 de septiembre de 2017, por el cual la demandada niega la petición de reliquidación.

TERCERO. En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENASE** al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, reliquidar la pensión reconocida al causante a través de la Resolución No. 3281 del 19 de diciembre de 2002 y sustituida a la señora Virginia Archbold Brown mediante resolución 2830 del 7 de julio de 2014, con la inclusión del factor salarial denominado bonificación como se certifica a folio 19 del plenario. De igual manera, frente a este factor, la entidad demandada actualizará el IBL en virtud al IPC del retiro del servicio, al efectivo reconocimiento pensional.

TERCERO: (sic) **NIEGÁNSE** las demás pretensiones de la demanda.

Expediente: 88-001-33-33-001-2017-00216-01

Demandante: Virginia Archbold Brown

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

CUARTO. DECLÁRANSE prescritas las sumas que resulten a favor de la actora causadas antes del 13 de marzo de 2014, pues la petición de reliquidación data del 13 de marzo de 2017, en aplicación del fenómeno de la prescripción trienal.

QUINTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada. De igual manera se condenará en agencias en derecho las cuales se fijan en 4% de las pretensiones reconocidas.

SEXTO. ORDÉNASE actualizar y pagar las sumas que resulten a favor de la actora. La entidad dará cumplimiento a la sentencia en los términos artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO. Expídanse copias de esta providencia conforme las previsiones de los artículos 114 y 115 del Código General del Proceso.

OCTAVO. Adviértase a las partes que contra esta providencia procede el recurso de apelación que deberá ser interpuesto dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, como lo prevé el artículo 247 del CPACA.

NOVENO. Ejecutoriada esta providencia, por secretaría liquidense los gastos del proceso y en caso de remanente, devuélvanse al interesado pasado dos (2) años sin que los haya reclamado, la secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, Desanótese en los libros correspondientes, archívese el expediente”.

II.- ANTECEDENTES

La señora Virginia Archbold Brown, por intermedio de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó se efectúen las siguientes declaraciones y condenas, así:

“Primero.: Que es nula la Resolución No. 004098 de septiembre 15 de 2017, por medio de la cual la demandada, Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, le niega a la demandante Virginia Archbold Brown, la reliquidación de su sustitución de pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales y los verdaderos valores de los factores salariales devengados por el causante y cónyuge Roosevelt Pusey Pusey durante el último año de servicios comprendido entre el 01 de enero de 2016 expedida por la demandada y la aplicación del I.P.C certificado por el DANE para el año de 1999 que es del 9.23% a aplicar a partir del 01 de enero de 2000, factores salariales como: asignación básica, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad.

Segundo. Que como consecuencia de dicha nulidad, se ordene a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a

SIGCMA

dictar un nuevo acto administrativo por medio del cual se ordene la reliquidación de la sustitución de la pensión de jubilación de la demandante Virginia Archbold Archbold (sic), tomándole en cuenta para su liquidación la totalidad de los factores salariales y los verdaderos valores percibidos por el causante y cónyuge Roosevelt Pusey Pusey durante el último año de servicios comprendido entre el 01 de enero y 31 de diciembre de 1999, de acuerdo a la Certificación No. 426 de noviembre 17 de 2016, expedida por el demandada, como son: asignación básica, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad, y la aplicación del I.P.C., certificado por el DANE para el año de 1999 que es del 9.23% a aplicar a partir del 01 de enero de 2000.

Tercero. *Que la demandada se obligue a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 192 del Código Contencioso Administrativo.*

Cuarto. *Como tales diferencias pensionales no han sido pagadas oportunamente por la entidad demandada, solicito se condene a ésta al pago de la indexación o corrección monetaria por haber transcurrido un tiempo a través del cual el valor que debería haberse cancelado, no tiene al momento de su pago el valor intrínseco que tenía cuando debió ser solucionada dicha obligación.*

Quinto. *Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada teniendo en cuenta que la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia No. C-539 de 1999m declaró exequible el inciso 2°, numeral 1° del artículo 392 del C.P.C., dando lugar a que las entidades estatales puedan ser condenadas en costas con base en el principio del derecho de igualdad.”*

- HECHOS

La demandante por intermedio de apoderado judicial, fundamenta su demanda en los hechos que a continuación se relatan:

Que el señor Roosevelt Pusey Pusey, fue pensionado por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la Resolución No. 3281 del 19 de diciembre de 2002, sin haberle tenido en cuenta para su liquidación la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

Indica, que mediante Resolución No. 2830 del 07 de julio de 2014, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, reconoció a favor de la señora Virginia Archbold Brown una pensión de sobreviviente, con ocasión al fallecimiento del causante Roosevelt Pusey Pusey, en cuantía de \$1.006.148.00 M/cte.

En razón a ello, indica que la señora Virginia Archbold Brown solicitó la reliquidación de su sustitución de pensión, con el fin de que se tomara en cuenta para su liquidación la totalidad de los factores salariales percibidos por el causante y cónyuge, durante el último año de servicios.

Afirma, que dicha petición fue negada por la demandada mediante la Resolución No. 004098 de septiembre de 2015, bajo el argumento que ha transcurrido un tiempo superior a tres años, y se presentó el fenómeno de la prescripción, por lo que se ha extinguido el derecho de reclamo.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte demandante señala los siguientes:

- Constitucionales: art. 2, 6, 25, 53, 58, 87 y demás concordantes.
- Legales: Decreto 717 de 1978; Decreto 2926 de 1978, Decreto 1045 de 1978, Decreto 911 de 1978, Decreto 3135 de 1968; Ley 33 de 1985; Decreto 2527 de 2000; arts. 82, 85, 132, 149, 150, 206 al 211 C.C.A; Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo; Ley 100 de 1993 artículos 14 y 36; artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.
- Jurisprudenciales: Sentencias del H. Consejo de Estado y Corte Constitucional.

- CONTESTACIÓN

El apoderado del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, recorrió el traslado de la demanda¹, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de sustento jurídico y fáctico.

En primer lugar, señala que el ente territorial al efectuar la liquidación de la pensión vitalicia de vejez del señor Roosevelt Pusey Pusey, tuvo en cuenta los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985, normas aplicables por

¹ Visible a folio 56 a 60 del expediente.

Expediente: 88-001-33-33-001-2017-00216-01
Demandante: Virginia Archbold Brown
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

estar amparado por el régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es decir, que no hay lugar a la reliquidación, por cuanto la pensión se reconoció con fundamento en las normas que regulan la materia.

Aunado a ello, señala que la Resolución No. 004098 de 15 de septiembre de 2017, le resuelve la petición a la señora Virginia Archbold Brown, de que el acto administrativo No. 3281 del 19 de diciembre de 2002 y 2830 de 7 de julio de 2014, por la cual se le reconoció la sustitución pensional, se encontraba en firme, no dar a conocer ninguna inconformidad, ni interponer los recurso ante dicho acto, por tal razón opera el principio de legalidad que constituye dentro de un Estado Social de Derecho la protección a la seguridad jurídica.

Propone como excepciones de mérito, cobro de lo no debito (sic), indebida petición sobre reajuste, prescripción, compensación y buena fe.

Con fundamento en lo expuesto, solicita se declare improcedente la presente acción, comoquiera que el acto demandado se encuentra debidamente expedido, es decir, fue proferido conforme a derecho.

- SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia dictada el 21 de septiembre de 2018, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes premisas:

El A-quo hace el planteamiento del problema jurídico en los siguientes términos: Establecer si procede la nulidad de la Resolución No. 004098 del 15 de septiembre de 2017, por la cual el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, niega a la demandante Virginia Archbold Brown la reliquidación de su sustitución de pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por el causante, el señor Roosevelt Pusey Pusey durante el último año de servicio comprendido entre el 1° de enero y 31 de diciembre de 1999.

Expediente: 88-001-33-33-001-2017-00216-01
Demandante: Virginia Archbold Brown
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

Previo al análisis de fondo, el A quo examinó las pruebas allegadas al proceso, y el marco normativo que la demandante solicita le sea aplicado.

En primer lugar, el A quo manifestó que en el caso particular, el causante se encuentra cobijado en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1° de abril de 1994, contaba con más de los 40 años de edad, al haber nacido el 19 de febrero de 1940. Además, señala que el causante prestó sus servicios por más de 15 años de servicios.

En ese orden, sostuvo que en virtud de los postulados de la Ley 100 de 1993, el causante adquirió el derecho a percibir la pensión de conformidad con el régimen anterior, es decir, la Ley 33 de 1985; asimismo, resaltó que mediante Resolución No. 002830 del 7 de julio de 2014, se reconoció pensión de sobreviviente a la señora Virginia Archbold Brown.

Descendiendo al caso concreto, señaló que la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación proferida el pasado 28 de agosto de 2018, expresó que el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen de transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para que este grupo poblacional, ya que le son más favorables, frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones.

De acuerdo al material probatorio allegado en el proceso, el A quo encontró que la Resolución No. 3281 de 19 de diciembre de 2002, reconoció la pensión de vejez del causante con los siguiente factores: asignación básica, prima de antigüedad, dejando por fuera el factor de bonificación por servicios que se encuentra dentro de los factores descritos en el Decreto 1158 de 1994, el cual percibió y tenía derecho de ser incluido en su pensión, como se constata a folios 19 y 20 del expediente.

En ese orden, señaló que al haberse reconocido la pensión con los factores de salario sobre los cuales cotizó el causante contemplados en el Decreto 1158 de 1994, en atención a los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional entre ellos la sentencia SU-395 de 2017, declaró parcialmente nula la Resolución No. 3281 de 2002, y en consecuencia, ordenó la reliquidación de la prestación periódica pensional de la señora Virginia Archbold Brown, con la inclusión del factor bonificación por servicios.

De conformidad con lo expuesto, señaló que siendo que la petición de reliquidación data del 13 de marzo de 2017, al haberse reconocida la prestación periódica pensional desde el año 2002, sumas que resulten a favor de la demandante se encuentran afectadas por la prescripción trienal, por ello, declaró prescritas las sumas que resulten a favor de la actora, antes del 13 de marzo de 2014.

Bajo estas consideraciones, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

- RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada en la oportunidad legal, expuso su inconformidad con la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, expresando que no comparte la decisión y solicita que ésta sea revocada.

Manifiesta, que el Departamento profirió la Resolución No. 004098 de 15 de septiembre de 2017, dando respuesta a la solicitud presentada el 20 de enero de 2014, reiterando el contenido de la Resolución No. 2381 del 19 de diciembre de 2002 y 2830 del 07 de julio de 2014, oficio este que debió haber sido atacado en su momento por vía administrativa dentro de la oportunidad legal correspondiente, por ser este acto el que creó una situación jurídica de carácter particular y concreto, resultando inepta la demanda al pretender la nulidad de la Resolución No. 004098 de 15 de septiembre de 2017.

Señala, que frente al tópico que ordena reliquidar la pensión de jubilación reconocida mediante la Resolución No. 3281 de 2002 y 2830 de 7 de julio de 2014,

Expediente: 88-001-33-33-001-2017-00216-01
Demandante: Virginia Archbold Brown
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

en un porcentaje del 75% de los factores salariales percibidos por el actor durante el último año de servicio con aplicación de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, dentro de la excepción contemplada en la Ley 33 de 1985, se consagran las siguiente como régimen de transición: 1) para los empleados oficiales que a enero 29 de 1985, habían cumplido 15 años de servicios continuos o discontinuos, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley, es decir, las señaladas en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968.

Señala, que el Departamento a través del acto administrativo No. 3281 del 19 de diciembre 2002 y 2832 del 7 de julio de 2014, realizó el reajuste establecido en la Ley 100 de 1993, en su artículo 43, acto que hace parte del acervo probatorio que reposa en el expediente.

En lo sucesivo, reitera lo expuesto en la contestación de la demanda.

- ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 09 de abril de dos mil diecinueve (2019), se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes, y se ordenó a las partes presentar alegatos de conclusión para lo cual se les concedió el término de 10 días, asimismo, se corrió traslado al Ministerio Público por el mismo término sin retiro del expediente.

En el presente asunto, dentro del término las partes guardaron silencio. Por su parte, el Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

Esta corporación es competente para resolver el recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En este orden, corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia dictada el 08 de noviembre de 2018 por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

- PROBLEMA JURÍDICO

Para el efecto, se determinará si procede reliquidar la pensión de jubilación sustituida a la señora Virginia Archbold Brown, tal como se ordenó en la sentencia apelada, o si en los términos del recurso de apelación ésta debe ser revocada.

- TESIS

La Sala sostendrá la tesis que para los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su derecho pensional en lo que se refiere a la edad, tiempo y monto entendido este último como la tasa de reemplazo se efectuará conforme a las previsiones de la normatividad que lo cobijaba, en este caso la Ley 33 de 1985, y lo referente a la liquidación del IBL, el mismo se realizará en los términos del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente los factores salariales que deben tomarse al momento de la liquidación de la pensión son sólo los factores enlistados en la norma y sobre los que se han efectuado los aportes.

La Sala dará aplicación a la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de Estado². En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- Del Régimen de transición Pensional - Ley 100 de 1993

² Consejo de Estado sentencia del 28 de agosto de 2018. Rad. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral en lo concerniente al reconocimiento de la pensión de vejez, consagró en su artículo 36 un régimen de transición, que buscaba proteger aquella población que se encontraba próxima a adquirir su derecho pensional, para ello, otorgó una vigencia ultractiva de algunos elementos del régimen pensional que los cobijaba, lo que en últimas traduce la posibilidad de acceder a una pensión en condiciones particulares, más favorables y diferentes frente a quienes fueran cobijados por el Sistema General de Pensiones.

“Art. 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.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 hiciera 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. ~~Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.”~~

En lo que respecta a los elementos que hacen parte de la transición, específicamente en lo que respecta al monto entendido tanto la tasa del remplazo como el IBL, el Consejo de Estado modificó su postura, al considerar que al momento de liquidar dichas pensiones el periodo de tiempo que se debe tener en cuenta para promediar el IBL, es el señalado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no lo señalado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

- Del Ingreso base de liquidación en el régimen de transición

Explica el Consejo de Estado en su sentencia de unificación de jurisprudencia³ como razones para el cambio de postura lo siguiente:

“La aplicación del régimen pensional de transición para quien opte por este, significa que los requisitos de la edad y el tiempo, y el monto de su pensión sean los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a los regímenes pensionales anteriores, en virtud de los efectos ultractivos dados a los mismos.

*Señala que lo anterior cobra relevancia en la medida en que si bien el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el monto de la pensión para los beneficiarios de la transición sería el previsto en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados, lo cierto es que el inciso 3° de la misma disposición previó de manera expresa un **ingreso base para la liquidación de la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso 2°** que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, definiendo así uno los elementos del monto pensional.*

*La redacción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre cuál es el ingreso base de liquidación que se debe tomar en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen de transición, pues el concepto **“monto”** señalado en el inciso 2° de esa disposición daría lugar a entender, como lo ha considerado la Sección Segunda del Consejo de Estado, que la mesada pensional o monto incluye el IBL y la tasa de reemplazo previstos en los regímenes anteriores. Sin embargo, otra interpretación es que, en virtud de lo previsto en el inciso 3° ibídem, para establecer el monto de la pensión, solo se tomaría la tasa de reemplazo del régimen anterior, teniendo en cuenta que el IBL fue expresamente definido por este inciso para el régimen de transición. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia son de esta tesis.*

*La tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado de aplicación inescindible del elemento **“monto”** para las pensiones reconocidas bajo los regímenes anteriores, tiene como explicación que la acepción de la palabra **“monto”** debe entenderse como la **liquidación aritmética del derecho**, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100 de 1993⁴. Ello en virtud del efecto útil de la última regla del inciso 2°, en la medida en que no existen condiciones y requisitos distintos para acceder al derecho a los ya señalados en la norma. El inciso 3° del artículo 36 prevé un **ingreso base** y una liquidación aritmética diferente a la que se deduce de la interpretación del inciso 2°, en la que del **“monto”** se infiere un **ingreso base** que se rige también conforme al ordenamiento jurídico anterior. A juicio de la Sección Segunda de la*

³ Consejo de Estado sentencia del 28 de agosto de 2018. Rad. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de septiembre de 2000, Exp. 470-99.

Corporación, la redacción contradictoria del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política se debe tener en cuenta la regla más favorable, o sea la prevista en el inciso 2º.

(...)

Ahora bien, la otra tesis consistente en que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe aplicarse para establecer el monto pensional de las personas beneficiarias del régimen de transición fue desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 que estudió la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, aplicable a congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios⁵.

(...)

Para el régimen general de pensiones que estaba vigente con anterioridad de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sede de tutela, extendió la ratio decidendi de la sentencia C-258 de 2013 a controversias suscitadas en torno a los reconocimientos pensionales de personas beneficiadas con el régimen de transición y a quienes se les aplicaba la Ley 33 de 1985. Tales sentencias fueron, entre otras, la SU-230 de 2015, la SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018. En estos casos también consideró que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debía aplicarse frente a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985.

A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

Explica la Sala, respecto a dicha conclusión que

Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas⁶.

⁵ “ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”

⁶ 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 vigencia de dicho Acto Legislativo.

Expediente: 88-001-33-33-001-2017-00216-01

Demandante: Virginia Archbold Brown

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir tal derecho y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.

(...)"

En atención a los argumentos expuestos, el H. Consejo de Estado⁷ fijó la siguiente regla del cual se derivan dos subreglas, así:

“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”.

*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**:*

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.*

(...)

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.

(...)

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

⁷ Consejo de Estado sentencia del 28 de agosto de 2018. Rad. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

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.

*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.*

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. (Subrayas fuera del texto original)

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.”

Conforme a lo anterior, observa esta corporación que (i) las pensiones cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se liquidarán conforme a los parámetros señalados en el inciso 3° del artículo 36 de dicha norma (ii) los factores salariales a tener en cuenta sólo son los efectivamente cotizados.

- CASO CONCRETO

Hechas las anteriores precisiones jurisprudenciales, procede la Sala a verificar (i) si el causante de la demandante se encuentra cobijado con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y (ii) de ser beneficiario se

Expediente: 88-001-33-33-001-2017-00216-01

Demandante: Virginia Archbold Brown

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

verificará si la pensión sustituida a la señora Virginia Archbold Brown fue otorgada conforme a los parámetros jurisprudenciales antes citados.

Revisado el expediente observa la Sala que fueron allegadas al plenario las siguientes pruebas:

- Copia de la Resolución No. 3281 de diciembre 19 de 2002⁸, por medio del cual el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, reconoce y ordena el pago de pensión vitalicia de vejez a favor del señor Roosevelt Pusey Pusey.
- Copia de la Resolución No. 2830 de julio 7 de 2014⁹, por medio del cual el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, reconoce en favor de la señora Virginia Archbold Brown una pensión mensual de sobreviviente.
- Copia de la Resolución GNR No. 4098 de septiembre 15 de 2017¹⁰, por medio de la cual el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, niega la solicitud de reliquidación pensional.
- Certificado Laboral No. 426 de fecha 17 de noviembre de 2016, expedido por el profesional especializado de talento humano, que da cuenta los salarios percibidos por el señor Roosevelt Pusey Pusey, en su último año de servicios.¹¹
- Certificación expedida por el profesional especializado del Grupo de Desarrollo y Control de Talento Humano del Departamento Archipiélago de Santa Catalina, que da cuenta que el señor Roosevelt Pusey Pusey prestó sus servicios a órdenes del Departamento en el cargo de Conductor, desde el 01 de agosto de 1963 hasta el 15 de noviembre de 1970, desde el 09 de octubre de 1972 hasta el 31 de diciembre de 1977 y desde el 15 de septiembre de 1998 hasta el 31 de diciembre de 1999.¹²

⁸ Visible a folios 14 a 16 del cuaderno principal.

⁹ Visible a folios 14 a 16 del cuaderno principal.

¹⁰ Visible a folios 13 del cuaderno principal.

¹¹ Visible a folios 19 del cuaderno principal.

¹² Visible a folios 20 del cuaderno principal.

Ahora bien, conforme al material probatorio antes relacionado y los actos administrativos demandados, se encuentra acreditado que el causante Roosevelt Pusey Pusey, para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de cuarenta (40) años de edad, teniendo en cuenta que nació el 19 de febrero de 1940.

Igualmente se encuentra acreditado que el finado laboró y cotizó en el sector público los siguientes periodos¹³:

ENTIDAD	DESDE	HASTA
Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	01/08/1963	15/11/1970
	09/10-1972	31/12/1977
	15/09/1996	31/12/1999
TOTAL DÍAS	7.342	
TOTAL AÑOS	20 años, 04 meses y 27 días	

En virtud de lo anterior, el demandante acredita un total de **7.342** días laborados, correspondientes a **20 años, 04 meses y 27 días**.

En razón de lo anterior, el causante se halla cobijado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que acredita uno de los requisitos que consagra dicha norma, en este orden, su pensión debió ser reconocida en los términos de la Ley 33 de 1985, en lo que respecta a la edad, tiempo y tasa de reemplazo. En lo que corresponde al periodo de tiempo que se debe tener en cuenta para promediar el IBL, deberá ser en los términos del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, establece que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes.

¹³ Resolución No. 3281 de diciembre 19 de 2002, visible a folios 14 – 16 del cuaderno principal.

SIGCMA

Respecto a los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la prestación, conforme a las pautas jurisprudenciales anotadas, se tiene que son los señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985 y sobre los cuales se realizaron los aportes.

En este orden el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. 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.”

Ahora bien, observa la Sala, que mediante Resolución No. 3281 de diciembre 19 de 2002, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, reconoció a favor del finado Roosevelt Pusey Pusey una pensión mensual vitalicia de vejez, en cuantía de \$503.149.00, M/cte., efectiva a partir del 01 de enero de 2000, bajo los parámetros previstos en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

En efecto, mediante Resolución No. 2830 del 07 de julio de 2014, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, reconoció a favor de la señora Virginia Archbold Brown una pensión de sobreviviente, con ocasión al fallecimiento del causante Roosevelt Pusey Pusey, en cuantía de \$1.006.148.00 M/cte.

De lo anterior, al confrontar el acto administrativo¹⁴ que reconoce el derecho al cónyuge de la demandante con la certificación obrante a folio 19 del expediente, se tiene que al momento de la liquidación de la pensión, la entidad demandada solo tuvo en cuenta los factores salariales de asignación básica y prima de antigüedad, sin incluir el factor de bonificación por servicios prestados, por tanto, la entidad

¹⁴ Visible a folios 13 a 16 del expediente.

SIGCMA

demandada debe reliquidar la pensión del señor Roosevelt Pusey Pusey sustituida a la señora Virginia Archbold Brown, teniendo en cuenta los factores salariales de asignación básica, bonificación, prima de antigüedad, en aplicación al artículo 1° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, tal como se ordenó en la sentencia de primera instancia.

Discurrido lo anterior, la Sala se ocupará de desatar los cargos invocados por la parte demandada en la alzada, en los siguientes términos:

En primer lugar, la parte demandada arguye que el acto demandado debió haber sido atacado en su momento por vía administrativa dentro de la oportunidad legal correspondiente, por ser este acto el que creó una situación jurídica de carácter particular y concreta, resultando inepta la demanda al pretender su nulidad.

Sobre este punto, huelga precisar que el recurso de reposición es la primera actuación o herramienta que tiene el destinatario del acto administrativo para impugnar las decisiones que pueden lesionar derechos y por ello como lo exige el mismo artículo 74 del C.P.A.C.A., se interpone ante quien profirió el acto para que lo aclare, modifique, adicione o revoque.

En cuanto a la oportunidad y presentación del recurso de reposición, el artículo 76 ibídem, establece que deberá interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso.

Es de anotar, que el destinatario del acto administrativo tiene la facultad mediante la reclamación administrativa de solicitar el reconocimiento de un derecho; cuando la entidad resuelva dicha solicitud ya sea en favor o no de lo solicitado, deberá indicar en la parte resolutive del acto, el recurso procedente, a fin que el afectado si ha bien lo tiene, pueda interponer algún recurso.

En ese orden, el artículo 76 ibídem, establece que el recurso de reposición es facultativo, por ende, no es obligatoria su interposición y a pesar que es un recurso autónomo porque no depende de otro recurso para iniciar su trámite, ya es decisión de la parte –se itera– hacer uso o no de su interposición.

Ahora bien, en el caso *sub examine* la resolución enjuiciada, en la parte resolutive dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Negar la reliquidación de la pensión de jubilación por factores salariales solicitada mediante escrito de apoderado por el pensionado señor/a ROOSEVELT PUSEY PUSEY (QEPD) – VIRGINIA ARCHBOLD BROWN, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 39.153.057 expedida en San Andrés Islas, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Notificar el contenido de la presente resolución al señor/a ROOSEVELT PUSEY PUSEY (QEPD) – VIRGINIA ARCHBOLD BROWN, ya identificado, con su apoderado de acuerdo con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo haciéndole saber que en caso de inconformidad contra la misma procede el recurso de reposición ante el Secretario General, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.” (Subrayas y negrillas de la Sala)*

Nótese, que en el presente asunto la resolución acusada en la parte resolutive, indicó que en caso de inconformidad contra la misma procede el recurso de reposición; en esa dirección, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 del C.P.A.C.A., no es obligatoria su interposición, comoquiera que es un recurso facultativo y por tanto, es viable acceder directamente en sede judicial.

En ese orden, comoquiera que la interposición del recurso de reposición es facultativo, y no es óbice para acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, no resulta inepta la demanda al pretenderse su nulidad, tal como lo arguye el recurrente en la alzada. Bajo estas consideraciones, el presente cargo no tiene vocación de prosperidad.

Por otro lado, la parte demandada en el recurso de alzada, afirma que el *a quo* ordenó la reliquidación de la pensión sustituida a la demandante, en aplicación de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Al respecto, precisa la Sala que la reliquidación ordenada en el fallo recurrido se ajustó a los postulados previstos por la Sala Plena del H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación de jurisprudencia¹⁵ y la sentencia SU-395 de 2017 de la H.

¹⁵ Consejo de Estado sentencia del 28 de agosto de 2018. Rad. No. 52001-23-33-000-2012-00143-01

Expediente: 88-001-33-33-001-2017-00216-01
Demandante: Virginia Archbold Brown
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

Corte Constitucional, y no como lo expone el recurrente, sobre los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Por consiguiente, el presente cargo igualmente deviene impróspero.

Comoquiera que las consideraciones planteadas por el *A quo* en la sentencia recurrida, se ajustan a los lineamientos jurisprudenciales citados *ut supra*, la Sala desestimaré los cargos planteados por la parte demandada en el recurso de alzada y en consecuencia, se confirmará la sentencia dictada el 08 de noviembre de 2018, por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

- Condena en Costas

Sin condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. - FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de fecha ocho (08) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Expediente: 88-001-33-33-001-2017-00216-01

Demandante: Virginia Archbold Brown

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA


JOSÉ MARÍA MOW HERRERA


NOEMÍ CARREÑO CORPUS


**JESÚS GUILLERMO GUERRERO
GONZÁLEZ**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2017-00216-01)