Cartagena de Indias, quince (15) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-23-33-000-2017-00476 – 00 (sic)**
Demandante	**EDUARDO ABRAHAM ORDOSGOITIA OSORIO**
Demandado	**COLPENSIONES**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	*RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – IBL - art. 36 de la Ley 100 de 1993 – Decreto 1158 de 1994 – Ley 33 de 1985 - inclusión de factores salariales*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, contra la sentencia del 22 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor EDUARDO ABRAHAM ORDOSGOITIA OSORIO, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

2.1. La demanda[1].

A través de apoderada judicial constituido para el efecto, el demandante instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

---

[1] Folios 1-5 c/no 1

2.2. Pretensiones

1. *"Se declare la NULIDAD de la Resolución No. 00020483 de 28 de septiembre de 2009, notificada el día 3 de noviembre de ese mismo año, Resolución mediante el cual el extinto Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.), reconoce la Pensión de Jubilación y deja en suspenso el ingreso a nomina,*
2. *Se declare la NULIDAD de la Resolución No. 00011204 del 22 de julio de 2010, notificada a fecha 07 de Octubre de 2010, en la que se confirma el acto No. 20483 de 2009.*
3. *Se declare la NULIDAD de la resolución GNR 331732 del 02 de Diciembre de 2013, notificada el día 20 de febrero de 2015, en la que se reconoce y ordena el pago de la pensión de vejez,*
4. *Se declare la NULIDAD de la Resolución GNR 169724 de 9 de junio de 2015, notificada el día 24 de junio de 2015, en la cual se niega la Reliquidación de la Pensión.*
5. *Se declare la NULIDAD de la Resolución VPB 65633 de 9 de octubre de 2015, mediante la cual se resuelve un recurso de Apelación, confirmando el acto apelado, sin tomar en cuenta todos los factores salariales del último año de servicio del Sr. EDUARDO ABRAHAM ORDOSGOITIA OSORIO.*
6. *Que como consecuencia de dichas declaratorias de NULIDAD, se ordene el RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ordenando la reliquidación o reajuste de la pensión mensual vitalicia de jubilación a mi mandante, según la normatividad vigente y haciendo inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio del señor EDUARDO ABRAHAM ORDOSGOITIA OSOSRIO, a partir del 1 DE ENERO DEL 2015 (fecha en que se causó su derecho) Teniendo en cuenta el principio de favorabilidad establecido en la carta magna y en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993.*
7. *Que se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, a Liquidar y pagar los Intereses de mora, las prestaciones económicas que se derivan de la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante a partir mes de 1 DE ENERO DE 2015.*
8. *Que se le ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, a cancelar la indexación de las prestaciones económicas que se derivan de las reliquidación de la pensiona de jubilación del demandante a partir del día 1 DE ENERO DE 2015, en razón a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.*
9. *Que se CONDENE a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES (Demandado), a pagar en Costas y Agencias en derecho.*
   (...)"

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Que mediante Resolución No. 00020483 de 28 de septiembre de 2009, el ISS reconoce la pensión de jubilación al señor EDUARDO ABRAHAM ORDOSGOITIA OSORIO, dejando en suspenso el ingreso a nomina, contra la mencionada resolución, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, el cual fue desatado mediante Resolución No. 00011204 de 22 de julio de 2010, resolviendo confirmar el acto administrativo impugnado.

Que el 14 de octubre de 2010, con radicado 2057, se presentó ante el ISS un reçurso de reposición en contra la resolución No. 00011204 de 2010, mediante el cual solicitaba subsanar la citada y se tuviera en cuenta las cotizaciones simultaneas efectuadas tanto en sector público como privado y se reajuste el porcentaje de liquidación.

COLPENSIONES expide el acto GNR 331732 de 2 de diciembre de 2013, en el que ordena reconocer y cancelar la pensión de jubilación de vejez, por valor de $4.223.791, ordenando el ingreso a nómina, contra esta resolución interpone recurso de apelación donde se acreditaba el retiro del servicio y se solicitaba la reliquidación de la mesada pensional conforme a lo establecido en la Ley 33 de 1985 y teniendo todos los factores devengados.

COLPENSIONES resuelve lo pedido mediante Resolución GNR 169724 de 9 de junio de 2015, notificado el 24 de junio de 2015, en la que resuelve negar la reliquidación de la pensión, luego entonces, elevó derecho de apelación solicitando reliquidación de la pensiona, en razón a que su pensión debe ser concedida bajo los paramentos de la Ley 33 de 1985.

Por último COLPENSIONES expide la Resolución VPB de 9 de octubre de 2015, en la cual ordena confirmar en todas y cada una de sus partes la GNR 169724 de 2015.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución : Artículos 2,23,25, 29,48 y 53
- Ley 1395 de 2010 : Articulo 115
- Ley 100 de 1993 : Artículos 1,13,36,141 y 288
- Ley 33 y 62 de 1985

2.4.1 Concepto de la violación

Expone el demandante, que al momento de liquidar la prestación reclamada, no tuvo en cuenta aplicar el precepto de favorabilidad, así como también, debió tomar el promedio del último año de servicio, teniendo en cuenta las cotizaciones registradas en la historia laboral, aplicando a dicha liquidación todos los factores salariales enunciados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.

2.5 Contestación de COLPENSIONES [2]

Por medio de escrito del 2 de mayo de 2016, la apoderada de entidad accionada, contestó la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por lo cual solicita que se nieguen.

Afirma, que la ley y en la mayoría de los casos la jurisprudencia nacional, han sido rigurosos con los elementos que debe probar el actor para obtener la prosperidad de la pretensión anulatoria, imponiéndose las siguientes cargas procesales: la individualización precisa del acto que se demanda, la identificación exacta de las normas violadas y el concepto de la violación, copia del acto acusado, si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifique o confirmen y si se trata de un acto administrativo particular, el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Sostiene, que en el caso en concreto el demandante pretende se reliquide su pensión conforme la Ley 33 de 1985 y no está en discusión el régimen de transición, ya que con la Resolución GNR 331732 de 2 de diciembre de 2013, ya se reconoció pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990.

Argumenta, que en gracia de discusión de aplicar la Ley 33 de 1985, no es posible realizar la liquidación conforme el último año de servicios, como quiera que respecto de la liquidación de las pensiones que se encuentran en transición, la sentencia SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, fijó una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición, por tanto, son las reglas contenidas en aquel régimen general las que deben observase para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

Con relación a los factores salariales que se debe tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación, serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones, luego entonces, no es procedente acceder a lo solicitado de reliquidación conforme lo pretende el demandante, como quiera que para efectuar dicha liquidación de las pretensiones que se encuentra en transición se tomará en cuenta el régimen anterior edad, tiempo y el monto entendido como la tasa de reemplazo, sin

[2] Folio 134-142

embargo, para el cálculo del IBL, se tomara lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el articulo 21 ibídem, según corresponda.

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

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[3]

Por medio de providencia del 22 de noviembre de 2016, la Juez Décimo Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, dándole la razón a la parte demandante, en aplicación del precedente establecido por el H. Consejo de Estado, en su jurisprudencia.

Al respecto, la Juzgadora de primera instancia estimó que le asistía razón a la parte demandante a que se le reliquide su pensión, en virtud a que, como beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, norma que debe ser aplicada para efectos de calcular el monto de la pensión de jubilación. En ese orden de ideas, la *A quo* dio aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, según la cual, las personas que sean beneficiarias del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, se les debe reliquidar la pensión, aplicando el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, con inclusión de todos los factores salariales.

Bajo ese entendido, al encontrar probado que la parte actora en este evento le era aplicable el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, ordenándose que se le reliquidara la pensión del señor EDUARDO ORDOSGOITIA OSORIO, con una tasa de remplazo del 75% y con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

Por medio de escrito del 29 de noviembre de 2016, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, manifestando que conforme a lo reglado por la Ley 33 de 1985 el afiliado adquiere el derecho a una pensión de vejez, ya que cuenta con más de 20 años (1029 semanas) de servicio cotizado en el sector público, sin embargo, por favorabilidad se reconoció la prestación conforme al Decreto 758 de 1990, ya

[3] Folio 506-532 Cuaderno 3
[4] Folio 534-535 Cuaderno 3

que la tasa de remplazo aplicada fue del 90% mientras que con la Ley 33 de 1985, la tasa aplicada seria del 75%, es decir, ostensiblemente menor.

Explica que no le asiste el derecho al demandante, que se reliquide la mesada pensional en un 75%, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por encontrarse en contradicción con el precedente reiterado de la Corte Constitucional, donde señala que el IBL no es un elemento del régimen de transición, por lo tanto, el ingreso base de liquidación es el cotizado durante los ultimo 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, incluyendo solo los factores que taxativamente contemple la Ley.

Indica que los únicos factores salariales que se tuvieron en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación, fueron los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al sistema general de pensiones, por lo tanto, no es procedente acceder a la solicitud de reliquidación, como quiera que para efectuar la misma se tomó en cuenta la edad, el tiempo y el monto, entendido como la tasa de reemplazo, sin embargo para el cálculo del IBL, se tomará lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el articulo 21 ibídem, según corresponda.

Solicita se revoque la sentencia recurrida, en su lugar se profiera sentencia absolutoria a favor de COLPENSIONES.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta del 12 de mayo de 2017[5] se repartió el proceso entre los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole a este despacho, por lo que, mediante providencia del 18 de agosto de 2017[6], se dispuso la admisión de la apelación en este Tribunal; y, con auto del 12 de febrero de 2018[7], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

[5] Folio 3 C 2° Instancia
[6] Folio 6 C 2ª Instancia
[7] Folio 10 C 2ª Instancia

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante[8]**:** La parte accionante presentó escrito de alegatos, reiterando lo expuesto en la demanda

6.2. Alegatos de la parte demandada[9]: COLPENSIONES presentó su escrito de alegatos solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y ratificándose en los argumentos del recurso y la contestación de la demanda.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

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

7.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.3. Actos administrativos demandados.

- Resolución No. 0020483 del 28 de septiembre de 2009
- Resolución No. 00011204 de 22 de julio de 2010
- Resolución GNR 331732 de 2 de diciembre de 2013
- Resolución GNR 169724 de 9 de junio de 2015
- Resolución VBP 65633 de 9 de octubre de 2015

7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿Es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante,

[8] Folio 15-18 C. 2ª Instancia
[9] Folios 12-14 C 2ª Instancia

teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales?

A efectos de resolver el problema jurídico, la Sala entrará a determinar, ¿Si el ingreso base para liquidar la pensión del demandante es el previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo estima la entidad demandada, o el consagrado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, tal como se solicita en la demanda?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, puesto que, la pensión del accionante goza del régimen de transición, contemplado en la Ley 33 de 1985, sólo para efectos de edad, tiempo de servicio y tasa de remplazo (75%); pero, el ingreso base de liquidación, tal como se anotó en los actos acusados, se promedió, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios, es decir tomando lo reglado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que el IBL, no fue cobijado por dicha transición.

Bajo ese entendido, no es posible aplicarle al señor EDUARDO ABRAHAM ORDOSGOITIA OSORIO, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) marco normativo y jurisprudencial régimen de transición; (ii) el caso concreto y (iii) conclusión.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:

7.6.1 Principios.

Se tendrán en cuenta 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 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.

7.6.2. Beneficiarios de la aplicación de la Ley 33 de 1985.

Para quienes consoliden la situación jurídica y adquieran el derecho a gozar de la pensión de jubilación bajo las reglas previstas en la Ley 33 de 1985, la Ley 100 de 1993, en su artículo 11[10] dispuso que se respetará el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior. Dicha norma fue declarada exequible[11] por la Corte Constitucional.

Respecto a los factores **salariales** que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la mesada pensional de las personas cobijadas bajo **el régimen de la Ley 33 de 1985**, la Sala acoge como fuente de derecho la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018 que fijó, entre otras reglas, el siguiente criterio de interpretación:

Son todos aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema General de Pensiones en el último año de servicios y no sobre los efectivamente devengados.

Expresamente, el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación lo señaló en los siguientes términos:

---

[10] Art. 11: " El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente Ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.
Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes."

[11] Declarado exequible mediante sentencia C-168/95 en el aparte demandado: "Para quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos los órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general."

*"96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos **sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.***

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho (...)

*99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.***

*100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización.** Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*

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

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema".

Esta interpretación concuerda con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 33 Modificado por la Ley 62 de 1985 el que dispone:

> *"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."*
>
> *"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."*
>
> *"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."*

7.6.3. Beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de su pensión, se rige por las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo.

La Sala, con relación a las personas que adquirieron el estatus jurídico de pensionados en vigencia de la Ley 100 de 1993, les respetará el tiempo de servicio y monto que estableció el Artículo 1° de la Ley 33 de 1985, pero en cuanto a la liquidación del IBL aplicará la regla y subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales[12]. La

[12] La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: "[...] sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna *fuerza vinculante*; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones [...]".

misma Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos "[...] *a 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*".

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".***

La razón jurídica que sustenta la regla de interpretación y aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a los beneficiarios del régimen de transición, es la siguiente:

> *"[...]85. 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.*
>
> *86. [...] el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.*
>
> *87. 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 décadas.*
>
> *[...] 91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. 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 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 este grupo*

poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables. [...]"

La primera **subregla** se refiere al **periodo** para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:

"[...]

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.[...]"*

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"*.

Sobre los factores, **el Decreto 1158 de 1994** enlista los siguientes factores a ser tenidos en cuenta:

"**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 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;

7.6.4 Condición más beneficiosa entre la aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 ibídem.

La Sala también tendrá en cuenta el principio de la condición más beneficiosa en materia laboral, en consideración a que el artículo 36 de la Ley 100, fue declarado exequible[13] por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-168 de 1995[14], con base en el principio del respeto de los derechos adquiridos y de la condición más beneficiosa en materia laboral.

Sobre el particular, en la referida sentencia, expresó:

> *"[...] Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la Ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.*
>
> *En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'.*
>
> *[...]*
>
> *De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha*

[13] Sentencia C-168 de 1995, Numeral segundo de la parte resolutiva: "SEGUNDO: *Declarar EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, salvo el aparte final de este último que dice: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere 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", el cual es INEXEQUIBLE*".

[14] Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (Ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflictó o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador [...]".

Conforme lo precedente, si el trabajador acoge la aplicación del artículo 21[15] en su inciso final de que se liquide el IBL con fundamento en toda su vida laboral; siempre que hubiese cotizado más de 1250 semanas, debe renunciar al régimen de transición, porque la Ley 100 de 1993 se le debe aplicar en toda su integridad, esto es, el régimen ordinario de liquidación de la pensión de jubilación. (Art. 288 Constitucional).

[15] El Artículo 21 de la Ley 100 de 1993 a la letra reza:

"Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta Ley, 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**, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo".

7.7. Caso concreto.

7.7.1 Hechos relevantes probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- El señor EDUARDO ORDOSGOITIA OSORIO, nació el 2 de octubre de 1950 (Certificado de registro civil de nacimiento visible a folio 102).

- Resolución No. 0020483 de 28 de septiembre de 2009, se reconoce pensión de jubilación al asegurado EDUARDO ABRAHAM ORDOSGOITIA SORIO, con un ingreso base de liquidación de $3.613.087, dejándose en suspenso el ingreso a nómina hasta que se acredite el retiro del servicio (Fl.21 al 24 del expediente).

- Resolución 00011204 de 22 de julio de 2010, se resuelve recurso de reposición, donde se confirma en todas sus partes la Resolución No. 20483 de 28 de septiembre de 2009 (Fl. 30-31 del expediente)

- Resolución GNR 331732 de 2 de diciembre de 2013, por medio del cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de vejez, por valor de $4.223.791 (Fl. 40-48)

- Resolución GNR 169724 de 9 de junio de 2015, por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión (Fl. 57-61)

- Resolución VPB 65633 de 9 de octubre de 2015, por medio del cual se resuelve el recurso de apelación, donde se confirma en todos y cada una de las partes la Resolución GNR 169724 de 9 de junio de 2015 (Fl. 73-83)

- Certificado de tiempo de servicio suscrito por el jefe de la sección de archivo y correspondencia de la Universidad de Cartagena, donde consta que el demandante prestó servicios a la universidad, desde el 26 de septiembre de 1978 en la facultad de odontología hasta el 2014. (Fl. 84-87)

- Resolución 04463 de 2014, por medio del cual se acepta la renuncia del señor Eduardo Ordosgoitia Osorio, a partir 1° de enero de 2015, por habérsele reconocido pensión de jubilación por parte del seguro social mediante Resolución No. 20483 de 28 de septiembre de 2009 (FL. 89)

- Reporte de semanas cotizadas en pensión periodo enero de 1967 a enero de 2016 (FL. 90-100)

- Copia de cédula de ciudadanía del demandante (FL 104)

- Discos compactos contentivos de la actuación administrativa (FL 176)

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

El caso objeto de análisis hace referencia a la reclamación que efectúo el actor a la entidad accionada para obtener la reliquidación de su pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, con un monto en el que se tome como promedio lo dispuesto en las reglas sobre el ingreso base de liquidación (IBL) de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 (Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985), incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios.

La A quo en la sentencia, acogió la tesis de la parte accionante y declaró la nulidad de los actos acusados ordenando a COLPENSIONES reliquidar la pensión de vejez del actor incluyendo todos los factores devengados en último año de servicios, esto es 2014, aplicando una tasa de reemplazo del 75% y con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2015.

Esta Corporación, con el objeto de desatar el problema jurídico planteado, sea lo primero precisar, que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que significa que para el reconocimiento de su pensión, se aplican las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo[16].

No obstante lo precedente, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales como lo depreca la parte actora en su demanda, porque al ser beneficiario del régimen de transición, adquirió el estatus pensional al cumplir la edad y el tiempo de servicios previsto y el monto de su pensión corresponde al 90% (tasa de remplazo) sobre un ingreso de liquidación IBL equivalente al siguiente: "*Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso*

[16] La entidad demandada así lo indicó en los actos de reconocimiento de la pensión y las partes lo aceptaron al definir la litis. No fue objeto de controversia en el asunto.

base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello..." (Inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993).

De acuerdo con lo anterior, el estatus jurídico de pensionado del actor, lo adquirió el día 2 de octubre de 2005, en vigencia de la Ley 100 de 1993 razón por la cual la entidad respetó al reconocer la pensión de vejez la edad, tiempo de servicio y monto bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, por esa razón le reconoce la condición de pensionado mediante la Resolución 0020483 de 28 de septiembre de 2009.

Como quiera que el actor continuo laborando, en el año 2013 mediante la Resolución GNR 331732 de 2 de diciembre de 2013, se vuelve a revisar su situación pensional, le aplican el Decreto 758 de 1990, ya que para ese momento tenía más de 60 años de edad, y le liquidan como tasa de reemplazo el monto del 90% y el IBL con los factores efectivamente cotizados.

Así mismo y con posterioridad, COLPENSIONES negó la reliquidación a la pensión mediante la Resolución GNR 169724 de 9 de junio de 2015, indicando que de acceder a ella, se desmejoraría la prestación del demandante.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado examinada previamente, a la liquidación del derecho pensional del señor Eduardo Ordosgoitia Osorio, debió aplicarse las disposiciones del régimen anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto o tasa de remplazo, entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación – IBL -, componente para el cual debe seguirse lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición. Además solo deben en cuenta tenerse a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones.

Así las cosas, no es posible aplicarle al demandante, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985 de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

La A- quo, al ordenar en la sentencia apelada que se reliquidara la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores devengados y que se tuviera como periodo para determinar el IBL el último año de servicios, violó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya interpretación debió efectuar

en los términos que finalmente adoptó la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que este Tribunal adopta y prohíja.

Por lo anterior, se revocará el fallo apelado de 22 de noviembre de 2016, proferido por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual accedió a las pretensiones de la demanda; en su lugar, se denegaran las mismas.

7.8. Conclusión

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, puesto que, la pensión del accionante goza del régimen de transición, contemplado en el Decreto 758 de 1990, sólo para efectos de edad, tiempo de servicio y tasa de remplazo (90%); pero, el ingreso base de liquidación, tal como se anotó en el acto acusado, se liquidó, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de lo que le faltare, es decir tomando lo reglado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que el IBL, no fue cobija por dicha transición.

Bajo ese entendido, no es posible aplicarle al señor EDUARDO ORDOSGOITIA OSORIO, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

Por lo precedente, los argumentos de la alzada relacionados con la reliquidación de la pensión de vejez del actor, están llamados a prosperar y la sentencia de primera instancia habrá de ser revocada para en su lugar declarar que frente a los actos acusados no se desvirtúo la presunción de legalidad.

7.9 Costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, 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 revocarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

IX.- 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: REVOCAR la Sentencia apelada de fecha 22 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En consecuencia, **NIÉGANSE** las pretensiones elevadas por el señor EDUARDO ABRAHAM ORDOSGOITIA OSORIO, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido contra COLPENSIONES, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: No condenar en costa, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No.15

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PEREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS **CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**