



Cartagena de Indias D. T. y C, veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2015-00422-01
Demandante	JORGE ELIECER QUINTERO JIMENEZ
Demandado	COLPENSIONES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – IBL – solicita aplicación de la Ley 33 de 1985 con inclusión de todos los factores salariales – revoca decisión en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2018.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, contra la sentencia del 19 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor JORGE ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituida para el efecto, JORGE ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Fols. 1-8 Cdno 1



2.2. Pretensiones

"PRIMERO: SOLICITO DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución GNR 342476 DEL 30 DE SEPTIEMBRE DEL 2014, por medio el cual se le reconoce la pensión de jubilación del señor(a) JORGE ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ.

SEGUNDO: SOLICITO DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución VPB 13904 DEL 17 DE FEBRERO DEL 2015 que resuelve recurso de reposición contra la resolución GNR 342476 del 30 de septiembre del 2014 que reconoce la pensión de la señor(a) JORGE ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho se ordena al(Sic) COLPENSIONES, reliquidar la pensión de la señor(a) JORGE ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ teniendo en cuenta al momento de la reliquidación todos los factores de salario devengados por el demandante en el año inmediatamente anterior al último año de servicios (ley 33 de 1985) o los últimos 10 años (artículo 21 de la ley 100 de 1993) acogiendo el principio de favorabilidad, incluyendo además de la asignación básica los factores de prima de navidad, prima de junio y diciembre, gastos de transporte, vacaciones, viáticos, auxilio de manutención incremento por antigüedad, prima de vacaciones y bonificación por servicios y cualquier otro emolumento recibido como contraprestación de sus servicios, los cuales se encuentran debidamente certificados por la respectiva pagaduría, de acuerdo con las constancias que obran en le(Sic) expediente administrativo de pensiones que reposa en el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

Además deberá reliquidarse su pensión de vejez incluyendo las cotizaciones realizadas por la Universidad de Cartagena.

Para efectos del restablecimiento del derecho se debe proceder a la indexación de la primera mesada pensional que debe ser reconocida a favor del demandante.

Las sumas que resulten a favor del demandante, por la diferencia entre lo pagado por la pensión reconocida y lo que le debe pagar, una vez se reliquide se ajustaran en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula: $R = RH \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante, esto es, la diferencia entre lo que se ha pagado como pensión de jubilación y lo que se le debe pagar al reliquidarla, septiembre de 2014, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

CUARTO: Subsidiariamente y de ser más favorable al demandante solicito la aplicación del Decreto 758 de 1990 con el fin de que se le cancele al señor JORGE



13001-33-33-005-2015-00422-01

ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ el 90% del salario promedio del último año de servicio por contar más de 1400 semanas de cotización.

QUINTO: Solicito el pago del retroactivo en favor del señor JORGE ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ desde la fecha de causación del derecho es decir a partir del septiembre del 2014.

SEXTO: Ordénese también que la condena de que trata la pretensión anterior se ajuste en su valor tomando como base el Índice de Precios al Consumidor o al por mayor, como indica el CPACA.

SÉPTIMO: Igualmente ordénese a las demandantes el pago de los intereses comerciales y/o moratorios aplicables a las mencionadas sumas tal como lo indica el C.C.A

OCTAVO: Que se condene en costas de conformidad con el artículo 188 CPACA y a su vez se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en los artículos 189 S. S. del CPACA."

2.3. Hechos

El señor JORGE ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ, laboró como instructor en el centro de industria y petroquímica de la regional de Bolívar en el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- hasta febrero de 2015; que mediante Resolución GNR 342476 del 30 de septiembre de 2014 le fue reconocida la pensión de vejez en cuantía de \$2.862.249 con una tasa de reemplazo del 75% del salario sin los factores salariales y sin haberse indexado la primera mesada pensional.

Que el demandante apeló la resolución que le reconoció la pensión porque se aplicó el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 en el cual se establece que el ingreso base de liquidación se obtiene tomando el promedio de los salarios cotizados durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión y no lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 que disponía que la pensión se tasaba con el 75% del salario que devengó durante el último año de servicio, así mismo, el reconocimiento debió hacerse a partir del 10 de junio del 2010, fecha en la que se causó el derecho por haber cumplido el requisito de la edad y tener más de 1000 semanas cotizadas.

Mediante la Resolución VPB 13904 del 17 de febrero del 2015 se resolvió el recurso de apelación y se modificó la Resolución GNR 342476 del 30 de septiembre de 2014. Que la demandada solo tuvo en cuenta la asignación básica mensual que devengaba el demandante y realizó dicha liquidación en términos de la Ley 100 de 1993, sin considerar los factores salariales como los gastos de representación, subsidio de alimentación, prima técnica, factor salarial, auxilio de transporte, prima de localización, prima de navidad, prima de servicio, prima de



13001-33-33-005-2015-00422-01

vacaciones, sueldo de vacaciones, bonificación por servicios, viáticos permanentes, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargo nocturno, dominicales y festivos, bonificación por compensación y prima de coordinación.

Por último, señala en la demanda que venía cotizando la pensión a la Universidad de Cartagena y al Sena, es decir, existía un doble pago por pensión y por ello se debe liquidar la pensión de vejez en aplicación del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003.

2.4. Contestación de COLPENSIONES²

Por medio de escrito del 15 de enero de 2016, el apoderado de la entidad accionada, contestó la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por lo cual solicita que se nieguen las mismas.

Señala la demandada que respecto de la reliquidación de la prestación de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en aplicación del régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con una tasa de reemplazo del 75% sobre un IBL constituido por todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio o con los últimos 10 años, ya hubo un pronunciamiento mediante la Sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional en la que se dispuso que el IBL no es un aspecto de la transición y por tanto, se deben aplicar las reglas contenidas en el régimen general en cuanto a determinar el monto pensional.

Seguido, señala que el régimen de transición respeta edad, tiempo de servicios, semanas cotizadas y monto de la pensión referido solamente a la tasa de reemplazo de la norma anterior, puesto que, el legislador lo que quiso fue impedir que el IBL anterior tuviera efectos ultractivos. Igualmente, los únicos factores salariales que se deberán tener en cuenta son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Por lo anterior, no es procedente realizar la reliquidación de la pensión de vejez del demandante aplicando íntegramente la norma anterior como lo pretende; que para la liquidación en el reconocimiento de la vejez, se tuvieron en cuenta las 1841 semanas cotizadas y el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, arrojando un IBL \$4.032.352, con una tasa de reemplazo de 75%, en cuantía inicial de \$3.024.264, siendo efectiva del 1° de noviembre de 2014, ingresado a la nómina para el periodo del 2015-03 y pagada para el periodo de 2015-04; por tanto, la prestación económica se encuentra ajustada a derecho.

² Fols.54-62 Cdno 1.





13001-33-33-005-2015-00422-01

En cuanto a la pretensión de reconocer y pagar la pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, con un 90% de tasa de reemplazo, se indica que una vez revisado el expediente administrativo del demandante, se observó que nació el 14 de octubre de 1956, es decir, no cuenta con el requisito de los 60 años de edad que exige la norma citada y no cumple con los requisitos mínimos para realizar el reconocimiento de la pensión.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 19 de diciembre de 2016, la Juez Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, concediendo parcialmente las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad parcial de los actos acusados y ordenando su restablecimiento del derecho consistente en la reliquidación pensional con inclusión del IBL, es decir, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio (subsidio de alimentación, recargo nocturno, horas extras nocturnas, bonificación por servicios, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones), lo anterior, a partir del 1 de marzo de 2015, fecha en la que el actor fue retirado del servicio.

Igualmente, se ordenó en la sentencia apelada pagar las diferencias pensionales que resultaren de la liquidación, a partir del 1º de marzo de 2015 y su correspondiente indexación.

Respecto a las demás pretensiones de la demanda, entre ellas, la indexación de la mesada pensional y la petición subsidiaria de aplicar el Decreto 758 de 1990 para que la pensión sea liquidada con el 90% del salario devengado durante el último año de servicio, fueron denegadas por la A quo, al no hallarles razón.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 27 de enero de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, solicitando que sea revocada porque aunque el demandante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no es posible la reliquidación pensional con base en el último año de servicio porque contraría el precedente jurisprudencial de la SU- 230 de 2015 de la Corte Constitucional, que demanda que respecto al IBL a aplicar es el contenido en el régimen general y no en la norma anterior.

³ Fols. 109-115 vto Cdno 1.

⁴ Fols. 129-131 Cdno 1.





13001-33-33-005-2015-00422-01

Igualmente, señaló que frente a la petición subsidiaria de la demanda sobre aplicación del Decreto 758 de 1990 sobre la tasa de reemplazo de 90% del salario devengado por el último año de servicio, no es posible puesto que revisado el expediente administrativo del actor, se constató que no cumple con el requisito de la edad, es decir, contar con 60 años de edad.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta del 23 de marzo de 2017⁵ se repartió el proceso entre los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole a este Despacho, por lo que, mediante providencia del 8 de agosto de 2017⁶, se dispuso la admisión de la apelación en este Tribunal; y, con auto del 18 de diciembre de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: La parte accionante no presentó alegatos de conclusión.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Esta entidad, presentó su escrito el 18 de enero de 2018, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y ratificándose en los argumentos del recurso de apelación.

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 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁵ Fol. 2 Cdno 2º Instancia

⁶ Fol. 4 Cdno 2º Instancia

⁷ Fol. 8 Cdno 2º Instancia

⁸ Fols. 10-12 Cdno 2º Instancia





7.3. Actos administrativos demandados.

Resolución GNR 342476 del 30 de septiembre del 2014 mediante la cual se concedió la pensión de vejez del demandante.

Resolución VPB 13904 del 17 de febrero del 2015 que resuelve el recurso de reposición contra la Resolución GNR 342476 del 30 de septiembre del 2014.

7.4. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta que el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se circunscribe a atacar la sentencia de primera instancia en lo referente a la reliquidación pensional del actor con el promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio; esta Corporación, fijará el problema jurídico a resolver, así:

¿Es procedente ordenarle a Colpensiones la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, incluyendo en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio?

7.5. Tesis de la Sala

La Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser revocada atendiendo los siguientes argumentos:

El demandante no tiene derecho a que se le reconozca la reliquidación de su pensión con fundamento en el promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio; como quiera que el art. 36 de la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiario, no incluye el IBL como parte del régimen de transición.

Lo anterior quiere decir, que para calcular el IBL del accionante, se deben tener en cuenta los últimos 10 años de servicios que establece la ley 100/93, no el último año de servicio conforme la ley 33 de 1985; pues de esta última norma, solo se aplica la edad, el tiempo de servicio y la tasa de reemplazo (55 años de edad, 20 años de servicio y el 75%).

En cuanto a los factores salariales, el precedente establecido por el Consejo de Estado⁹ dispone, que deben tenerse en cuenta solo los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales el actor haya realizado las respectivas cotizaciones.

⁹ Sentencia del 28 de agosto de 2018, Sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.





7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

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

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, con desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual señala que: *"la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad 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..."*.

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

Basta ratificar entonces, que una vez determinada la condición de una persona como beneficiaria del régimen de transición, se impone la aplicación de la normativa anterior, en este caso de la Ley 33 de 1985, la cual dispuso en su artículo 1º, que el empleado público tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Señaló, además, en su artículo 3º, los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, así:

"ARTICULO 3o. 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





13001-33-33-005-2015-00422-01

servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

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

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

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

En suma, las disposiciones antes transcritas, indicaban que quienes accedían a la pensión de jubilación, al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, su liquidación debía realizarse con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3º de la misma ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

7.6.2. Del régimen de transición y el concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales según el precedente del Consejo de Estado

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, previó un régimen de transición para aquellas personas que al momento de entrar en vigencia dicha normatividad, el 1º de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si son mujeres o 40 años de edad si son hombres, o 15 años de servicios cotizados o más, 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 será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado mediante sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso seguido por Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra CAJANAL en Liquidación, dentro del radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, fijó la regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición, señalando que para los beneficiarios del



13001-33-33-005-2015-00422-01

régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando son funcionarios públicos, 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.

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

"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 período 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. [...]"

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

"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.





13001-33-33-005-2015-00422-01

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º 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".

En ese orden, se concluyó que los factores salariales que se tendrán en cuenta corresponden exclusivamente a los contenidos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

Finalmente, se determinó 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 1º 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





13001-33-33-005-2015-00422-01

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. La 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 Sala prohíja los criterios expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena antes citada y los aplicará al caso concreto.

7.7. Caso concreto

7.7.1 Hechos Probados

- De acuerdo con la copia de la cedula de ciudadanía visible mediante medio magnético CD visible a folio 53 del expediente, el señor JORGE ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ, nació el 14 de octubre de 1956, por lo que cumplió los 55 años de edad el 14 de octubre de 2011. (Fol. 53)
- Mediante Resolución GNR 342476 del 30 de septiembre de 2014, COLPENSIONES le reconoció al actor una pensión con fundamento en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, que al ser beneficiario del régimen de transición le fue aplicada la Ley 33 de 1985, es decir, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de los 10 últimos años de servicio, por faltarle más de 10 años a la entrada en vigencia de la ley 100 Ibídem para pensionarse. Indica en dicho acto que se tuvieron en cuenta como factores salariales los señalados en el Decreto 1158 de 1994. Para la fecha de este reconocimiento, el demandante contaba con 57 años de edad, pago de la pensión que quedó suspendido hasta que se acreditará el retiro definitivo. (Fols. 21-24)
- El demandante apeló la resolución anterior el 4 de noviembre de 2014 con el fin que la pensión concedida fuera reliquidada. (Fols.25-32)
- Mediante Resolución VPB 13904 de 17 de febrero de 2015, COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación y modificó el monto de la pensión, bajo el entendido que ya se había acreditado el retiro definitivo del actor, por tanto liquidó la pensión sobre un IBL de \$4.032.352 aplicándole una tasa de reemplazo del 75%, correspondiendo un total de \$3.024.264. Lo anterior, fue sacado del promedio de los 10 últimos años de servicio con inclusión de los factores salariales del Decreto 1158 de 1994. (Fols. 34-39)





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

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene que el señor JORGE ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ, laboró como Instructor en el centro Industrial y Petroquímica de la Regional Bolívar, por un periodo aproximado de 35 años, que equivalen a 1841 semanas (Fols. 34 y vto).

Que, es beneficiario del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para la fecha en la que éste entró en vigencia - 1º de junio de 1995 .-, contaba con más de 15 años de servicio, como quiera que laboraba desde el año 1980 (fl. 13).

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que, conforme con la norma *up supra* y la Ley 33 de 1985, al demandante se le debía tener en cuenta para su pensión, la edad de 55 años y un tiempo de servicios de 20 años. Así las cosas, como quiera que el señor QUINTERO JIMÉNEZ cumplió los 55 años de edad el 14 de octubre de 2011, se tiene ésta fecha como aquella en la que adquirió el status pensional.

Ahora bien, la discusión en este caso se centra en lo que corresponde al IBL para el reconocimiento de la pensión del demandante, pues a juicio de éste, COLPENSIONES debía tener en cuenta el 75% de todos los factores devengados en el último año laborado. Sin embargo, la posición de la parte demandada es que al actor solo le es aplicable la tasa de reemplazo señalada en la Ley 33 de 1985 es decir -el 75%-, y el IBL debe ser calculado con base en los último 10 años o lo que le hiciere falta para adquirir el derecho a la pensión, solo con la inclusión de los factores salariales que establece el Decreto 1158 de 1994.

Como quedó sentado en el marco normativo de esta providencia, el Consejo de Estado estableció por medio de Sentencia de Unificación del año 2018 que el IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993 es el siguiente:

- i) A quien le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión (a la fecha en entrada en vigencia de la Ley 100/93), el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello.
- ii) O Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión.
- iii) El IBL debe liquidarse únicamente con los factores salariales sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de



Pensiones o en su defecto, con los establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Bajo ese entendido, queda claro para la Sala que al demandante no le asistía derecho a reclamar la reliquidación pensional con base en el último año de salario, puesto que el precedente jurisprudencial es claro en determinar que solo pueden tenerse en cuenta para ello, los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus pensional, desde la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En lo que respecta a los factores salariales, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo exige que en el proceso se demuestre, sobre cuáles de dichos factores se realizó cotización al sistema de seguridad social en pensión, y solo frente a ellos procede la inclusión en el IBL.

En el caso bajo estudio se advierte que no existe prueba de cuáles fueron los factores sobre los que realizó cotización el señor JORGE ELIECER QUINTERO, pues al expediente solo aportó un certificado en el que se hizo constar que en el último año de servicios de marzo de 2014 a febrero de 2015, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, subsidio de alimentación, Horas extras nocturnas, recargo nocturno, bonificación por servicios prestados, prima de junio y de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones¹⁰; pero se desconoce sobre cuál de ellos hizo aportes al sistema, en los últimos 10 años de servicio.

Así las cosas, lo único que se tiene como prueba en este caso, es que el certificado en el que consta la última liquidación realizada por COLPENSIONES para la expedición de la Resolución VPB 13904 del 17 de febrero de 2015, mediante la cual resolvió la reliquidación pensional y modificó el monto de la pensión, solo menciona que los factores salariales tenidos en cuenta corresponde a lo establecido en el Decreto 1158 de 1994, sin indicarlos o determinar cuál de ellos.

Teniendo en cuenta lo anterior, como quiera que el señor JORGE ELIECER QUINTERO JIMÉNEZ, no tiene derecho a la reliquidación pensional que reclama, se hace necesario revocar la sentencia de primera instancia, dejando sin efectos también los descuentos ordenados a Colpensiones.

Así las cosas, se procederá a REVOCAR la sentencia de primera instancia.

VIII.- COSTAS

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación no condenará en costas debido a que el demandante

¹⁰ Fol. 41



13001-33-33-005-2015-00422-01

cuando presentó la demanda, estaba amparada en la tesis que sostenía por la jurisdicción contenciosa administrativa en su momento.

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 del 19 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS a la parte accionante en este asunto, toda vez que cuando presentó la demanda estaba amparado en la tesis que sostenía por la jurisdicción contenciosa administrativa en su momento.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No 052 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

ASISTENTE CON PERMISO

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

En uso de permiso



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

