

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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2015-00391-01
Demandante	TOMÁS SEGURA POLO
Demandado	COLPENSIONES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Reliquidación pensional – solicita la aplicación de la Ley 33 de 1985 con el 75% de todos los factores salariales del último año de servicios – Aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2018. A pesar de lo anterior, el accionante demuestra que no se le incluyeron todos los factores del Dec. 1158/94</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, contra la sentencia del 14 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor TOMÁS SEGURA POLO, por conducto de apoderada judicial.

2.2. Demandado

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

2.1. La demanda¹.

A través de apoderada judicial constituida para el efecto, TOMÁS SEGURA POLO instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de

¹ Fols. 1-9 Cdnho 1





COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Prefensiones²

"PRIMERA: Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativo:

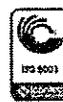
- a) Resolución 05975 del 4 de junio de 2012, mediante la cual se reconoció la pensión de sobreviviente al señor TOMÁS SEGURA POLO como beneficiario sobreviviente de la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO (Q.E.P.D) por no tener en cuenta en el reconocimiento de la pensión los factores salariales que devengaba la finada Fuentes Pullo(Sic).
- b) Resolución GNR 119129 del 3 de abril de 2014, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto a la Resolución GNR 115152 del 29 de mayo de 2013 y niega la solicitud de reliquidación de la pensión de sobreviviente al señor TOMÁS SEGURA POLO.
- c) Resolución VPE(Sic) 26274 del 19 de marzo 2015, por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto a la Resolución GNR 115152 del 29 de mayo de 2013 y se modifica la Resolución 05975 del 4 de junio de 2012.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor o a quien represente sus derechos todas las sumas de dinero correspondientes a los factores salariales señalados en el artículo 45 del Decreto 1945 de 1978, los cuales se dejaron de pagar, junto con los incrementos legales que se hubieren decretado con posterioridad a la Resolución 05975 del 4 de junio de 2012 y hasta cuando sean reconocidos los factores salariales a los que mi poderdante tiene derecho como beneficiario sobreviviente de la finada Emma Rosa Fuentes Puello.

TERCERA: Téngase como cuantía del proceso la suma de TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$30.466.704.00) suma esta que corresponde a los primeros tres años desde que causaron, antes de la presentación de la demanda, de conformidad a lo ordenado por el artículo 162 numeral 6 del CPACA, tomando como base el 75% de los salarios que debieron ser devengados por la finada Emma Rosa Fuentes Puello, que para el año 2009, estaba discriminado de la siguiente forma:

PRIMA TECNICA.....	\$	532.205
RJ SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN.....	\$	65.308
SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN.....	\$	40.412
SUELDO BASICO.....	\$	1.064.411

² A folios 46 a 47 se subsanó la demanda aclarando las pretensiones.





TOTAL DEVENGADO..... \$1.703.336

Lo anterior sin incluir la prima de servicios.

Para la liquidación se tomará como base el 75% del último salario devengado, es decir \$1.277.502 (Artículo 1° de la Ley 33 de 1985) con el incremento en el porcentaje anual del Gobierno Nacional. Tenemos entonces, tomando los tres primeros años desde que causó la prestación, con el debido descuento de lo pagado:

Año	Salario	Incremento	Total
2010 (3,60)	1.277.502,00	45.991,00	1.323.493,00
2011 (4,00)	1.323.493,00	52.940,00	1.376.433,00
2012 (5,80)	1.376.433,00	79.833,00	1.456.266,00
2013 (4,02)	1.456.266,00	58.542,00	1.514.808,00
2014 (4,50)	1.514.508,00	68.153,00	1.582.661,00
2015 (4,60)	1.582.661,00	72.802,00	1.655.463,00
	1.323.493,00	x 12 meses =	15.881.916,00
	515.000,00	x 12 meses =	6.180.000,00
Total adeudado 2010 \$9.701.916			
	1.376.433,00	x 12 meses =	16.517.196,00
	535.600,00	x 12 meses =	6.427.200,00
Total adeudado 2011 \$10.089.996			
	1.456.266,00	x 12 meses =	17.475.192,00
	566.700,00	x 12 meses =	6.800.400,00
Total adeudado 2012 \$10.674.792			

CUARTA: Que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 C.C.A aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de reconocimiento de la pensión de sobreviviente al señor TOMÁS SEGURA POLO hasta la fecha en que COLPENSIONES le dé cumplimiento de la sentencia que le ponga fin a este proceso.

QUINTA: Que COLPENSIONES de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

SEXTA: Que si no se efectúa el pago en forma oportuna COLPENSIONES liquidará y pagará los intereses comerciales y moratorios de conformidad con lo previsto en el artículo 177 del C.C.A."

2.3. Hechos

El señor TOMÁS SEGURA POLO goza de una pensión de vejez por sustitución de la finada señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO, quien desde febrero de 1982 se posesionó en el cargo de enfermera auxiliar y que al momento de su fallecimiento laboraba como auxiliar administrativa de la Institución Educativa Casd Manuela Beltrán en la ciudad de Cartagena.

Que la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO tuvo como último salario la suma de \$1.703.336 con los siguientes factores salariales: prima técnica, subsidio de alimentación, la asignación básica y la prima de servicios.





El señor TOMÁS SEGURA POLO fue compañero permanente de la fallecida señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO, por lo que solicitó la pensión de sobreviviente ante el ISS y mediante Resolución No. 05975 del 4 de junio de 2012 le fue sustituida la pensión de jubilación de la finada.

Que Colpensiones al momento de liquidar la pensión de sustitución a favor del señor TOMÁS SEGURA POLO no tuvo en cuenta la inclusión de los factores mencionados, puesto que el IBL fue tomado con el salario mínimo legal mensual, que dista mucho de lo que en realidad devengaba la señora EMMA.

Por lo anterior, el demandante presentó recurso de apelación y mediante Resolución VPB 26274 de 19 de marzo de 2015, le fue negada su solicitud.

2.5. Contestación de COLPENSIONES³

Por medio de escrito del 13 de octubre de 2016, la apoderada de la entidad accionada, contestó la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por lo cual solicita que se nieguen.

Colpensiones solicita ser absuelta de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que después de revisado el expediente administrativo de la causante, se tiene que la pensión post mortem, fue reconocida y posteriormente reliquidada conforme a la Ley 33 de 1985.

Que respecto de la reliquidación de la prestación de conformidad con lo establecido en el artículo 1º 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, 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, 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

³ Fols. 56-61 Cdo 1.



13001-33-33-013-2015-00391-01

Decreto 1158 de 1994. Por lo anterior, no es procedente acceder a la solicitud de reliquidación del demandante.

III. - SENTENCIA IMPUGNADA⁴

Por medio de providencia del 14 de septiembre de 2017, la Juez Trece Administrativa del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, concediendo las pretensiones de la demanda declarando la nulidad parcial de la Resolución No. 05975 del 4 de junio de 2012 mediante la cual se reconoció la pensión post mortem de la señora EMMA ROSA FUENTES y se susfituyó al demandante y la nulidad absoluta de las Resoluciones GNR 119129 del 3 de abril de 2014 y la VPB 26274 de 19 de marzo de 2015, las cuales resolvieron los recursos de reposición, apelación y negaron la reliquidación pensional.

Aunado lo anterior, se ordenó a COLPENSIONES la reliquidación de la pensión de sobreviviente reconocida al demandante tomando la totalidad de los factores devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio, con una tasa de reemplazo del 75% y conforme a los factores relacionados en el Decreto 1042 de 1978.

Así, consideró la *A quo* que la pensión de jubilación post mortem de la señora EMMA ROSA FUENTES debió ser liquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados entre el 21 de julio de 2008 y el 20 de julio de 2009, año anterior al retiro definitivo del servicio por muerte, la cual ascendía a la suma de \$924.715,56 a partir del 21 de julio de 2009.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁵

Por medio de escrito del 15 de septiembre de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, solicitando que sea revocada porque si bien la causante era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que, a dicha pensión le era aplicable la norma anterior Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo cotizado y tasa de reemplazo, sin embargo, el IBL se aplicaría de acuerdo al precedente jurisprudencial de la SU- 230 de 2015 de la Corte Constitucional, los últimos 10 años de servicio y no con base en el último año como lo ordenó la juez de primera instancia.

⁴ Fols. 97-112 Cdno 1.

⁵ Fols. 113-115 Cdno 1.





V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta del 26 de febrero de 2018⁶ se repartió el proceso entre los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole a este Despacho, por lo que, mediante providencia del 15 de agosto de 2018⁷, se dispuso la admisión de la apelación en este Tribunal; y, con auto del 4 de octubre de 2018⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁹: La parte accionante mediante escrito del 22 de octubre de 2018 solicitó que la sentencia de primera instancia fuera confirmada por estar acorde con la realidad jurídica.

6.2. Alegatos de la parte demandada¹⁰: Esta entidad, presentó su escrito el 9 de octubre de 2018, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y ratificándose en los argumentos de la contestación y 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.

⁶ Fol. 2 Cdno 2º Instancia

⁷ Fol. 4 y vto Cdno 2º Instancia

⁸ Fol. 8 Cdno 2º Instancia

⁹ Fols. 10-11 Cdno 2º Instancia

¹⁰ Folios 12-13 Cdno 2º Instancia





7.3. Actos administrativos demandados.

- Resolución No. 05975 del 4 de junio de 2012, mediante la cual el ISS concede la pensión de jubilación post mortem de la señora EMMA ROSA FUENTES a partir del 20 de julio de 2009 y ordenó la sustitución de dicha pensión a favor del demandante.
- Resolución GNR 119129 del 3 de abril de 2014 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante.
- Resolución VPB del 19 de marzo de 2015 por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

7.4 Problema jurídico.

¿Es procedente reliquidar la pensión de sobreviviente 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 el demandante no tiene derecho a que se le reconozca la reliquidación de su pensión de sobreviviente incluyendo en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, como quiera el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, determinó que el IBL no hace parte del régimen de transición; en consecuencia, las pensiones causadas a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, deben ser liquidadas con fundamento en los últimos 10 años de servicios, o en lo que le hiciera falta al interesado para adquirir el derecho.

En cuanto a los factores salariales, el precedente establecido por el Consejo de Estado dispone, que deben tenerse en cuenta solo los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994; o aquellos sobre los cuales el actor demuestre que cotizó.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, la sentencia de primera instancia debe ser MODIFICADA, toda vez que en el expediente consta que la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO (Q.E.P.D) había devengado dos (2) factores salariales que no se le tuvieron en cuenta a la hora de liquidar la pensión post mortem, a pesar de que sobre uno de ellos realizó cotización (la bonificación por servicios



prestados), y el otro es de los enlistados en el Decreto 1158/94, sobre los cuales era obligatorio cotizar.

Así las cosas, se dispondrá que se reliquide la pensión de sobreviviente del señor TOMAS SEGURA POLO, teniendo en cuenta la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima técnica; no sin aclarar que sobre esta última deben realizarse los descuentos de ley, correspondientes a los aportes que debieron hacerse al sistema de seguridad social en pensiones.

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.





13001-33-33-013-2015-00391-01

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 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,





13001-33-33-013-2015-00391-01

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 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 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





13001-33-33-013-2015-00391-01

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.

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.



13001-33-33-013-2015-00391-01

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 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 cédula de ciudadanía visible en el CD que contiene el expediente administrativo de la causante a folio 81¹¹, la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO, nació el 11 de noviembre de 1946, por lo que cumplió los 55 años de edad el 11 de noviembre de 2001.
- Que de acuerdo al Formato No.1 del Certificado de Información Laboral expedido el 15 de abril de 2010, se encuentra que la causante tenía un periodo de vinculación laboral desde el 16 de febrero de 1982 hasta el 20 de julio de 2009 y como último empleador la Alcaldía de Cartagena – Secretaría de Educación Distrital; lo anterior consta en el CD que contiene el expediente administrativo de la causante a folio 81.

¹¹ Documentos 1 y 2





13001-33-33-013-2015-00391-01

- Certificado de tiempo de servicios en el que consta que la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO laboró como auxiliar de enfermería en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN desde el 16 de febrero de 1982 hasta el 24 de febrero de 2005 y como auxiliar administrativa en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA CASD MANUELA BELTRÁN desde el 25 de febrero de 2005 hasta el 20 de julio del 2009, para un periodo total de 27 años, 5 meses y 4 días (fl. 33).
- Que mediante acta de defunción se constata que la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO falleció el 20 de julio de 2009. (Fl. 40)
- Que el 14 de febrero de 2011, el actor solicitó ante el Instituto del Seguro Social, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en condición de compañero permanente de la fallecida. (Fl. 81 CD)
- Mediante Resolución 05975 del 4 de junio 2011, el ISS reconoció la pensión en mención, con fundamento en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, indicando que la causante era beneficiaria del régimen de transición y por ende se le aplicaba la Ley 33 de 1985; a su vez, para liquidar el IBL de la causante, tuvo en cuenta el total de 1.191 semanas (que equivalen a 22 años), el valor de \$667.216 y el porcentaje del 75%. (Fls. 11-14)
- Con Resolución GNR 115152 del 29 de mayo de 2013, Colpensiones negó la pensión de sobreviviente que en otra oportunidad había solicitado el demandante, por gozar la causante del reconocimiento de una pensión por parte del Sistema General de Pensiones. (Fl. 16-18)
- COLPENSIONES expide la Resolución GNR 119129 del 3 de abril de 2014, mediante la cual resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR 115152 del 29 de mayo de 2013, modificándola y negando la reliquidación pensional (fl. 20-22).
- COLPENSIONES expide la Resolución VPB 26274 del 19 de marzo de 2015, mediante la cual resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 115152 del 29 de mayo de 2013, revocándola y a su vez, modifica la Resolución 05975 del 4 de junio de 2012, reliquidando las sumas de la mesada pensional a partir del 20 de junio de 2009 (fl. 24-26).



13001-33-33-013-2015-00391-01

En esta oportunidad se indicó, que la señora EMA ROSA FUENTES PUELLO, es beneficiaria del régimen de transición de la ley 100/93, por lo que debe reconocérsele la pensión en un 75%. Que la causante acreditó un total de 1.297 semanas, y que adquirió el status de pensionada el 21 de marzo de 2004. Igualmente le dan aplicación a la Circular 01 de 2012, según la cual, a las personas que les hiciere falta más de 10 años para adquirir el derecho, desde cuando entró en vigencia la Ley 100/93, se les tendría en cuenta todo el tiempo laborado para efectos del IBL; así como los factores salariales del Decreto 1158/94.

- De acuerdo con el formato No. 3 (B) de salarios mes a mes, a la causante se le cotizó para pensiones, sobre los siguientes conceptos: i) asignación básica, ii) otros factores salariales pagados en el mes certificado - Decet. 1158 Bonificación por servicios prestados. (Fl. 81 CD).
- Según certificación expedida por la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA, la causante devengaba, en sus últimos 10 últimos años de servicios lo siguiente: sueldo básico, prima técnica, prima de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, primas de vacaciones y de navidad, bonificación especial por recreación. (Fl. 81 CD)

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

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene que la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO nació el 11 de noviembre de 1946¹². Que laboró como auxiliar de enfermería en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN desde el 16 de febrero de 1982 hasta el 24 de febrero de 2005 y como auxiliar administrativa en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA CASD MANUELA BELTRAN desde el 25 de febrero de 2005 hasta el 20 de julio del 2009 (Fl. 33), por un periodo de 27 años, 5 meses y 4 días (fl. 33).

Observa la Sala que, conforme con la Ley 100/93 y la Ley 33 de 1985, la causante se le debía tener en cuenta para su pensión, la edad (55 años), un tiempo de servicios de 20 años, y el monto del 75% como tasa de remplazo para calcular el IBL.

¹² CD visible a folio 81 - Documentos 1 y 2



13001-33-33-013-2015-00391-01

Que, de acuerdo con lo anterior, la demandante alcanzó la edad de 55 años el 11 de noviembre de 2001¹³ y los 20 años de servicio el 16 de febrero de 2002¹⁴; por lo que le es aplicable el régimen de transición del art. 36 de la Ley 100/93, como quiera que éste entró en vigencia para los empleados del orden territorial el 30 de junio de 1995¹⁵, y, para esta fecha era mayor de 35 años (tenía 48 años).

- INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN

La discusión en este caso se centra en lo que corresponde al IBL para el reconocimiento de la pensión de la demandante, pues a juicio de éste, la UGPP 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 el monto de la Ley 33/85 es decir – la tasa de reemplazo – del 75%, y el IBL debe ser calculado con base en los último 10 años, solo con la inclusión de los factores salariales que establece el Decreto 1158/94.

Ahora bien, como quedó sentado en el marco normativo de esta providencia, el Consejo de Estado ha establecido, 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 100/93 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 1158/94

¹³ Ver nota 12

¹⁴ Folio 33 del exped.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de marzo de dos mil (2000) Radicación número: 1257 Actor: MINISTRO DEL INTERIOR "**Para los servidores públicos del nivel territorial, el sistema entró en vigencia en la fecha que determinó la respectiva autoridad gubernamental, o, "a más tardar el 30 de junio de 1995"**"



13001-33-33-013-2015-00391-01

Bajo ese entendido, queda claro para la Sala que al demandante no le asiste 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 a la para adquirir el estatus pensional, desde la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

En este caso concreto se tiene que, en la Resolución VPB 26274 del 19 de marzo de 2015, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 115152 del 29 de mayo de 2013, COLPENSIONES reliquidó la pensión de sobreviviente del señor TOMÁS SEGURA POLO, teniendo en cuenta todo el tiempo laborado por la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO; lo anterior, en atención a la Circular 01 de 2012, según la cual, a las personas que les hiciera falta más de 10 años para adquirir el derecho, desde cuando entró en vigencia la Ley 100/93, se les tendría en cuenta todo el tiempo laborado para efectos del IBL.

En este evento, se dejó de lado el hecho de que la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO, solo le faltaban 6 años y 7 meses años para obtener el status de pensionada, toda vez que ella era empleada territorial, y para este tipo de funcionarios la Ley 100/93 empezó a regir en junio de 1995; sin embargo, esta controversia no es objeto de esta Litis, por lo que tendrá que ser debatida en otro escenario, como quiera de debe estudiarse también cuál de las dos formas de liquidación es más beneficiosa y demás.

En ese orden de ideas, para este Tribunal es claro que el IBL para las personas beneficiarias del régimen de transición debe ser liquidado con los últimos 10 años de servicio, o con el tiempo que le hiciera falta; nunca, con el último año de servicio.

- DE LOS FACTORES SALARIALES

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.



13001-33-33-013-2015-00391-01

En el caso bajo estudio se advierte en el CD visible a folio 81 del expediente, existe un certificado en el que se especifican qué **factores devengaba la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO**, en los últimos 10 años, así:

- Asignación básica
- Prima técnica
- Prima de alimentación
- Bonificación por servicios prestados
- Prima de servicios
- Prima de vacaciones
- Prima de navidad
- Bonificación especial
- Recreación

Según el formato No. 3 (B), **al demandante se le cotizó** para pensiones, sobre los siguientes conceptos (CD fl. 81):

- Asignación básica
- **Otros factores salariales pagados en el mes certificado – Bonificación por servicios – (Dect. 1158)¹⁶**

Ahora bien, conforme con el Decreto 1158 de 1994, a la señora EMMA FUENTES PUELLO, se le debía cotizar a pensión sobre lo siguiente:

*"ARTÍCULO 1º. El artículo 6º 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 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"***

¹⁶ Se deja constancia que los valores reportados en el Formato de cotización No. 3, por concepto de bonificación por servicios prestados, corresponden a los valores que por dicho factor devengó la señora Emma Fuentes Puello, según consta en el certificado que se encuentra en el CD visible a folio 81 del expediente.





13001-33-33-013-2015-00391-01

De lo anterior concluye la Sala, que a la señora EMMA FUENTES se le debió cotizar con base en la asignación básica mensual, la prima técnica y la bonificación por servicios prestados. Sin embargo, de acuerdo con el formato de cotizaciones No. 3, se tiene que a la señora FUENTES PUELLO solo le cotizaron sobre asignación básica y bonificación por servicios prestados; dejándose por fuera, la prima técnica, que también hacía parte del ingreso base de cotización y constituía factor salarial según el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, de acuerdo con la Resolución VPB 26274 del 19 de marzo de 2015¹⁷ COLPENSIONES reconoció y reliquidó la pensión de sobreviviente del actor, teniendo en cuenta **únicamente la asignación básica** como factor salarial, por lo que se logra deducir que existió una indebida liquidación de la pensión de sobreviviente del señor TOMÁS SEGURA POLO, toda vez que no se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales sobre los cuales la causante cotizó o debió cotizar a pensión, con fundamento en el Decreto 1158 de 1994, como son la prima técnica y la bonificación por servicios, durante los años que las devengó.

Debe tenerse en cuenta que, el hecho de que el empleador no haya realizado los descuentos correspondientes de la prima técnica, no es óbice para negar tal reconocimiento, pues legalmente el Distrito de Cartagena debió realizar los descuentos sobre dicha prestación y no lo hizo. Sin embargo, la carga de dicha omisión no puede ser asumida por el trabajador, que ve desmejorada su situación económica cuando ya se encuentra jubilado, sin tener ninguna responsabilidad en el asunto. Teniendo en cuenta lo anterior, se ordenará a la entidad demandada, COLPENSIONES, que realice los respectivos descuentos de los valores de los aportes correspondientes a la prima técnica, que no fueron realizados en su momento.

En mérito de lo expuesto, esta Corporación MODIFICARÁ la sentencia de primera instancia, para disponer la reliquidación de la pensión de sobreviviente que le fue reconocida al señor TOMÁS SEGURA POLO, teniendo en cuenta el 75% de los siguientes factores: **asignación básica, prima técnica y Bonificación por servicios prestados**. Igualmente, se ordenará a COLPENSIONES, que realice los descuentos que por aportes debieron hacerse sobre la prima técnica devengada por la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO, teniendo en cuenta los porcentajes establecidos por las normas vigentes antes de la Ley 100/93 y después de ella.

¹⁷ fl. 24-26 y su liquidación CD folio 81





7.9 Conclusión

En ese orden de ideas, considera esta Corporación que es necesario MODIFICAR la sentencia de primera instancia, toda vez que, si bien es cierto que no es procedente la liquidación del IBL de la pensión del actor con base en el último año de servicios, y mucho menos incluirse todos los factores salariales devengados durante ese periodo; lo cierto es que, bajo la óptica de la nueva posición jurisprudencial del Consejo de Estado, el señor TOMÁS SEGURA POLO, demostró que la causante de la pensión, señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO sí había devengado y cotizado sobre la bonificación por servicios prestados y por lo tanto tenía derecho a que se le tuviera en cuenta a la hora de liquidar su pensión.

De igual forma, se demostró que la causante, señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO, también devengó la prima técnica, que según el Decreto 1158/94 es un factor salarial, y por lo tanto, que debe ser tenido en cuenta al momento de la liquidación; una vez se hagan las deducciones correspondientes, toda vez que sobre él no se realizó cotización.

VIII.- COSTAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá condenar en costas a las partes.

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: MODIFICAR los numerales 3.1, 3.2 y 3.3 de la sentencia del 27 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Cartagena, así:

"**TERCERO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES que proceda a:



13001-33-33-013-2015-00391-01

3.1. Reliquidar la pensión de sobreviviente reconocida al demandante señor TOMÁS TEÓFILO SEGURA POLO, identificado con cedula de ciudadanía No. 9.058.643, teniendo en cuenta el 75% de los valores que corresponden a la prima técnica y la bonificación por servicios prestados devengados en los años 2000-2009. De igual forma, COLPENSIONES, deberá realizar los descuentos que por aportes debieron hacerse sobre la prima técnica devengada por la señora EMMA ROSA FUENTES PUELLO, teniendo en cuenta los porcentajes establecidos por las normas vigentes antes de la Ley 100/93 y después de ella.

3.2. Aplicar sobre el valor de la pensión a 21 de julio de 2009, los reajustes anuales correspondientes.

3.3. Cancelar a favor del señor TOMÁS TEÓFILO SEGURA POLO identificado con cedula de ciudadanía No. 9.058.643, las diferencias generadas entre la pensión reconocida y la reliquidación hoy ordenada, desde cuando se causó el derecho (21 de julio de 2009), hasta cuando se pague efectivamente; la misma, deberá ser indexada."

SEGUNDO: CONFÍRMESE en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS a las partes de acuerdo con lo expuesto en esta sentencia.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, 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


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

