



Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-014-2018-00026-01
Demandante	EDITA DOLORES POLO CANTILLO
Demandado	COLPENSIONES
Tema	<i>Reliquidación pensional</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante², contra la sentencia del 20 de junio de 2019³, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

2.1. Cuestión previa:

En la actualidad, el Despacho tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho.

No obstante, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

En el presente caso, el objeto de debate se refiere a la reliquidación de la asignación de retiro de un soldado voluntario, tema respecto del cual el Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia, definiendo las reglas para su estudio, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, se procede a resolver el presente asunto de manera anticipada.

¹En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 124-129 cdno 1

³ Folio 117-123 cdno 1

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA⁴

3.1.1. Pretensiones⁵.

PRIMERO: Solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución 00539 del 18 de enero de 2008 expedidas por el Seguro Social, por medio de las cuales se reconoció la pensión de jubilación de la demandante; así como de la Resolución 010054 del 05 de junio de 2008 también expedidas por el Seguro Social, mediante la cual se ordenó la inclusión en nómina.

SEGUNDO: Solicita que se declare la nulidad de la Resolución GNR 297188 del 07 de octubre de 2016 y de la Resolución VPB 43333 del 02 de diciembre de 2016 expedidas por Colpensiones, toda vez que negaron reliquidación de la pensión de jubilación de la actora y la indexación de la primera mesada.

TERCERO: En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene reliquidar la pensión de jubilación de la señora Edita Dolores Polo Cantillo, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que devengó en el último año de servicios como empleada pública, incluyendo todos y cada uno de los factores salariales devengados en el último año de servicio, los cuales son: asignación básica mensual, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicio, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad, promedio recargo mensual.

CUARTO: Solicita que se ordene indexar la primera mesada pensional que resulte de la anterior operación, teniendo en cuenta que el último año laborado por la accionante en el Hospital Universitario de Cartagena, fue el año 2003, y el derecho a la pensión lo causó solo hasta el año 2006, cuando cumplió los 55 años de edad.

QUINTO: Solicita que se reconozca a la señora Edita Dolores Polo Cantillo, el retroactivo y/o diferencias monetarias dejadas de pagar en su pensión de jubilación desde el día 16 de septiembre de 2006 y hasta la fecha en que se resuelva favorablemente esta acción de nulidad y restablecimiento del derecho e incluya en nómina.

SEXTO: Solicita que la suma reconocida sea indexada; que se reconozcan intereses moratorios y se condene en costas.

⁴ Folio 1-16 cdno 1

⁵ Folio 1-3 cdno 1

3.1.2. Hechos⁶.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

La señora Edita Dolores Polo Cantillo laboró para el Hospital Universitario de Cartagena, en calidad de empleado público desde el día 25 de julio de 1978 hasta el día 22 de agosto de 2003, fecha en que se suprimió la planta de personal del Hospital. La demandante, cumplió la edad para pensionarse (55 años de edad) el día 16 de septiembre de 2006.

El Seguro Social a través de Resolución 00539 del 18 de enero de 2008 reconoció a la señora Edita Dolores Polo Cantillo su pensión de jubilación y, para ello tuvo en cuenta la Ley de 33 de 1985, para determinar el Ingreso Base de Liquidación se tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993. Mediante Resolución 010054 del 05 de junio de 2008 ingresó a la demandante en nómina, a partir del 16 de septiembre de 2006, en cuantía inicial de \$570,441.

El Ingreso Base de Liquidación que se usó para liquidar la pensión de jubilación de la accionante, se calculó con el promedio de los salarios sobre los cuales esta cotizó durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión.

A través de una petición radicada ante Colpensiones el día 02 de septiembre de 2016, se solicitó a dicha entidad liquidar la pensión de jubilación en mención con el salario promedio de lo devengado en el último año de servicios, periodo comprendido del 23 de agosto de 2002 al 22 de agosto de 2003, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en ese último año de servicios; adicionalmente, se solicitó indexar la primera mesada pensional, con el pago de intereses de mora y el respectivo retroactivo por diferencias causadas indexado.

Colpensiones mediante Resolución GNR 297188 del 07 de octubre de 2016, realizó una reliquidación de carácter aritmético, reconociendo a la accionante la suma de \$808,032 a partir del año 2013, pero negó la solicitud de reliquidación en los términos que se pidió. Contra esa decisión se interpuso recurso de apelación siendo resuelto el mismo mediante Resolución VPB 43333 del 02 de diciembre de 2016, haciendo otra reliquidación de carácter aritmético por la suma de \$811.171 a partir del año 2013, pero negando nuevamente la reliquidación de la pensión de jubilación en los términos que se pidió, quedando así agotada la vía gubernativa.

⁶ Folio 4-5 cdno 1



3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora considera violadas las siguientes disposiciones: artículos 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58, 90 de la Constitución Política; Leyes 57 y 153 de 1887, artículos 5 y 8 que establece las normas básicas de interpretación y aplicación de la leyes; Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985; artículo 6º, parágrafo 1 del Decreto 1160 de 1947; artículo 2º de la Ley 5 de 1969; artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; Decreto 691 de 1994; Decreto 1158 de 1994; artículo 24 y 36 de la Ley 100 de 1993; y, artículos 21 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo que establece los principios mínimos fundamentales en materia laboral, entre ellos el principio de favorabilidad y sobre definición de salario.

Sostiene que a la accionante se le debe liquidar su mesada pensional con base en el salario, entendido este como todo lo percibido por la demandante, en el último año de servicios. Adicionalmente solicita que se tenga en cuenta la sentencia de unificación del Consejo de Estado de agosto de 2010, en la cual se aplica el principio de favorabilidad laboral, para la inclusión de todos los factores salariales en la liquidación de la pensión.

Expuso que, la demandante causó el derecho a su pensión de jubilación durante la vigencia del artículo 141 de la ley 100 de 1993 "*Intereses Moratorios*" por lo cual es aplicable dicha norma para el reconocimiento de los intereses moratorios por las diferencias y/ o mesadas dejadas de percibir al igual que la indexación de todas las sumas resultante a fin que no vea disminuida su capacidad adquisitiva en el tiempo.

3.2. CONTESTACIÓN DE COLPENSIONES⁷.

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que son parcialmente ciertos los hechos expuestos por el demandante, que al momento de realizar la reliquidación de la pensión, se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados por la accionante y lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 100 de 1993, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación.

En cuanto a las pretensiones, solicitó que las mismas fueran denegadas, toda vez que la entidad accionada siempre actuó conforme a derecho, teniendo en cuenta el tiempo cotizado por el interesado y los demás requisitos para acceder a la pensión.

⁷ Folio 79-86 cdno 1



13-001-33-33-014-2018-00026-01

Sostuvo que, tanto la ley como la jurisprudencia nacional han sido rigurosos con los elementos que se debe probar para obtener la prosperidad de la pretensión anulatoria, imponiéndole a los interesados las siguientes cargas procesales: i) la individualización precisa del acto que se demanda, ii) la Identificación exacta de las normas violadas y el concepto de la violación; iii) si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen y iv) si se trata de un acto administrativo particular, el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Expuso que, los actos administrativos se presumen legales y ajustados al ordenamiento jurídico, por lo que, para ser declarados nulos deben probarse las siguientes causales: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder. Además de lo anterior, solicitó que se dé aplicación a la sentencia SU 230 de la Corte Constitucional, en la cual se establece que el IBL no es un aspecto sujeto a la transición del art 36 de la Ley 100 de 1993.

Como excepciones se propuso las siguientes: i) inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir; ii) buena fe; iii) cobro de lo no debido iv) prescripción.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

La Juez de primera instancia, mediante providencia del 20 de junio de 2019 denegó las pretensiones de la demanda manifestando que la posición en cuanto a la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93 y la Ley 33 y 62 de 1985 varió, por lo que a partir de la sentencia de unificación del año 2018, los únicos factores que se deben reconocer para efectos pensionales, son aquellos establecidos en el Decreto 1158 de 1994 o aquellos sobre los cuales efectivamente el afiliado haya realizado cotización. Que, conforme con lo probado en el proceso, debía concluirse que la accionante solo tenía derecho a que se le incluyera en su pensión la asignación básica y la bonificación por servicios, elementos que fueron tenidos en cuenta por las accionadas.

Respecto a la pretensión de indexación de la primera mesada, la Juez a quo dispuso que la misma se despacharía desfavorablemente, como quiera que pese a que la prestación se causó el día 16 de septiembre de 2006 fecha en que la demandante cumplió los 55 años de edad, habiendo dejado de laborar el día 22 de agosto de 2003, se encuentra acreditado en el CD que se

⁸ Folio 117-123 cdno 1



13-001-33-33-014-2018-00026-01

acompaña a la contestación, concretamente en las liquidaciones aportadas, que tanto el ISS como Colpensiones indexaron la primera mesada pensional, por lo que no hay lugar a ordenar dicha actuación nuevamente.

En lo que respecta a la pretensión del pago de los intereses moratorias regulados por el Art. 141 de la Ley 100 de 1993), advirtió el despacho que se configuró dicha mora en el reconocimiento de esta prestación, como quiera que conforme lo consignado en la Resolución 00539 del 18 de enero de 2008, la señora Cantillo solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el día 31 de octubre de 2006; pero solo fue reconocida hasta el 18 de enero de 2008, superando el término de 4 meses que establecido para ello. Sin embargo, se encuentra acreditado en el proceso la configuración de fenómeno prescriptivo frente a lo pedido; ello, teniendo en cuenta que el Instituto de Seguros Sociales tenía hasta el día 03 de marzo de 2007 para realizar pronunciamiento sobre la solicitud pensional, generándose a partir del día 04 de marzo de 2007 el derecho a solicitar el reconocimiento de los intereses moratorias; pero la reclamación sobre dichos intereses solo se presentó hasta el día 02 de septiembre de 2016, es decir, por fuera de los 3 años siguientes al momento en que se comenzó a causar la mora, por tanto, los intereses moratorias generados se encuentran prescritos.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁹

La demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que su desacuerdo con la misma, en base al siguiente argumento:

En Colombia el único que tiene la facultad de legislar y crear leyes es el Congreso de la República, más no la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; en ese orden de ideas, estos dos entes, han desfasado o desbordado sus facultades y han entrado a una esfera que solo le compete al Congreso de la República (legislar), pues este tema, está ampliamente definido y dispuesto por el artículo 1º de la ley 33 de 1985, y no pueden ellos entrar a modificar desfavorablemente la norma, mezclándola para efectos de calcular la liquidación del IBL con lo dispuesto en el artículo 21 y 36 de la ley 100 de 1993, violándose el principio de inescindibilidad normativa y progresividad.

Expuso, que no se podían coartar los derechos laborales y pensionales de la accionante, pues debe aplicársele en su integridad lo descrito en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento y liquidación de su pensión de

⁹ Fols. 124-129 Cdno 1



13-001-33-33-014-2018-00026-01

jubilación, en razón a los principios de inescindibilidad, progresividad y no regresividad entre otros arriba señalados. Agregó que, el empleador tuvo la obligación durante la relación laboral de realizar los aportes a pensión sobre todos los factores salariales devengados por la trabajadora y la Administradora de Pensiones tuvo la obligación de cobrar esos recursos (Art, 24 ley 100 de 1993); sin embargo, es el mismo Estado quien en este caso viola el ordenamientos jurídico laboral de sus trabajadores y por ende el trabajador en su necesidad física y material de llevar alimentos a su hogar soporta todas estas inclemencias.

Indica que, la señora Edita Dolores Polo Cantillo laboró para la ESE Hospital Universitario de Cartagena, ocupando como último cargo el de auxiliar de esterilización, con un salario bastante modesto, por lo cual no puede equipararse al régimen de prerrogativas y privilegios de los congresistas.

Sostiene que, en este evento se viola el derecho a la igualdad como quiera que el Consejo de Estado y todos los tribunales administrativos del país, venían concediendo la reliquidación pensional, en forma pacífica, y fueron muchos los pensionados que pudieron acceder a que sus pensiones y liquidaciones fueran acordes a lo dispuesto en el artículo 1 ° de la ley 33 de 1985, mientras que a los demandantes como la señora Edita Polo se les está negando el derecho.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 18 de septiembre de 2019¹⁰, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 21 de noviembre de 2019¹¹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 17 de febrero de 2020¹².

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: no presentó alegatos.

3.6.2. Parte demandada¹³: Presentó escrito de alegatos reiterando los argumentos de la contestación de la demanda.

3.6.3. Ministerio Público: No presentó concepto.

¹⁰ Fol. 3 Cdno 2

¹¹ Folio. 5 Cdno 2

¹² Folio. 9 Cdno 2

¹³ Folio. 12-17 cdno 2



IV.- 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,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico que se debe resolver es el siguiente:

¿Tiene derecho la señora Edita Dolores Polo Cantillo a que se le reliquide su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año antes de adquirir el status pensional?

¿La decisión adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del año 2018 viola los principios de inescindibilidad, progresividad y no regresividad, así como el derecho a la igualdad de la accionante?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada teniendo en cuenta que a la accionante no se le viola ningún derecho o principio del derecho a causa del cambio jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a la reliquidación de las pensiones reconocidas con el régimen de transición de la Ley 100/93, con la inclusión de todos los factores salariales del último año de servicio.

En ese orden de ideas, se tiene que, conforme con la Sentencia de Unificación de agosto de 2018, emitida por el Consejo de Estado, la señora Edita Polo



13-001-33-33-014-2018-00026-01

Cantillo, no tiene derecho a que se le reliquide su pensión con fundamento en todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Adicionalmente, la accionante no probó el hecho de que Colpensiones no haya tenido en cuenta todos los factores relacionados en el Decreto 1158/94, sobre los cuales cotizó para pensiones.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Régimen contemplado en la Ley 33 y 62 de 1985.

De acuerdo con la Ley 33 de 1985, el régimen pensional de los empleados oficiales que adquirieran el derecho antes de la Ley 100/93 era el siguiente:

*Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya **servido veinte (20) años** continuos o discontinuos y llegue a **la edad de cincuenta y cinco (55)** tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al **setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.***

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)*

Debe tenerse en cuenta entonces, que bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, el empleado público tendría 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 y cuando hubiera prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tuviera la edad de 55 años.

En cuanto a los factores que debían servir para determinar la base de liquidación de los aportes, precisó, en su artículo 3º, lo siguiente:

“ARTICULO 3. 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.



13-001-33-33-014-2018-00026-01

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 accedieran 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, tendrían derecho a que se les liquidara la misma con fundamento en 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.

5.4.2 Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

A través de la Ley 100 de 1993, se crea para los habitantes el territorio Colombiano, el sistema de seguridad social integral, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991. Dicha norma, 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 sin 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*



13-001-33-33-014-2018-00026-01

requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se registrarán 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.

De igual forma, el inciso tercero de la norma en cita estableció que *"el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"*.

En ese orden de ideas, se advierte que, a pesar de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100/93, en cuanto al monto de la pensión; la norma también establece que el IBL para calcular la misma será el de 10 años o lo que le faltare a la persona para ello. Lo anterior generó, a través de los años, múltiples interpretaciones sobre la forma de liquidar la pensión de los beneficiarios del régimen de transición.

5.4.3 Régimen de transición: concepto de monto aplicable y factores salariales para liquidar las mesadas pensionales.

En un primer pronunciamiento unificado, frente a la interpretación que debía dársele al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que debían ser incluidos en la pensión, el Consejo de Estado expuso¹⁴:

"La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) Actor: LUIS MARIO VELANDIA



13-001-33-33-014-2018-00026-01

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados. (...) como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda.

(...) respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, (...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978".

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en 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, sostuvo:

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"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".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:



13-001-33-33-014-2018-00026-01

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

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

95. (...)

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.

La Sala prohija 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.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Probados

- Resolución 00539 del 18 de enero de 2008, por medio de la cual el ISS le reconoció a la señora Edita Dolores Polo Cantillo una pensión de jubilación¹⁵. En dicho acto administrativo se expuso que:
 - La señora Edita Dolores Polo Cantillo nació el 16 de septiembre de 1951, deduciéndose cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del 2006.

¹⁵ Folio 21-24 cdno 1



13-001-33-33-014-2018-00026-01

- Que sumando el tiempo laborado al sector público y el Sufragado en el ISS, la asegurada cuenta con un total de 7.798 días equivalentes a 21 años, 07 meses y 28 días de servicios o a 1.114 semanas
 - La afiliada es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100/93.
 - Es procedente reconocer la pensión de jubilación del artículo 1 de la Ley 33 de 1985
 - Que no obstante lo anterior y con el fin de determinar el valor de la mesada pensional del asegurado, la cual para el año 2007 corresponderá a \$595.997.00, se procedió a liquidar la misma con base en las 1114 semanas válidamente cotizadas con un Ingreso Base de Liquidación de \$794.663.00 al cual se le aplicó el 75%.
 - Que para determinar el Ingreso Base de Liquidación se tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.
- Resolución 010054 del 5 de junio de 2008, por medio de la cual se ordena la inclusión en nomina de la accionante, y se dispone el pago del retroactivo de \$15.320.306, desde 2006-2008¹⁶.
 - Derecho de petición del 2 de septiembre de 2016, por medio de la cual la actora solicita la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales y la indexación de la primera mesada¹⁷.
 - Resolución GNR 297188 del 07 de octubre de 2016, por medio de la cual se resolvió la petición anterior, y se indicó que no había lugar a la misma, en atención a lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013; además se reliquidó la pensión de la actora, en cuanto a la operación aritmética realizada por el ISS, reconociéndose una mesada de \$911.662 (a fecha 2016) y un retroactivo de \$2.021.664¹⁸.
 - Recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la anterior decisión, el 1 de noviembre de 2016¹⁹
 - Resolución VPB 43333 del 02 de diciembre de 2016 expedidas por Colpensiones en la que se modifica el acto administrativo anterior, y se reconoce una mesada de \$915.204 (a fecha 2016) y un retroactivo de \$136.999²⁰.
 - Certificado de tiempos laborados, emitido por la Gobernación de Bolívar el 28 de noviembre de 2017, en el que se indica que la demandante laboró para el Hospital Universitario de Cartagena, como Auxiliar en Esterilización, desde el 25 de julio de 1978 hasta el 22 de agosto de 2003²¹.

¹⁶ Folio 25-26 cdno 1

¹⁷ Folio 27-32 cdno 1

¹⁸ Folio 34-39 cdno 1

¹⁹ Folio 40-45 cdno 1

²⁰ Folio 47-52 cdno 1

²¹ Folio 53 cdno 1



13-001-33-33-014-2018-00026-01

- Certificado de factores salariales devengados por la accionante desde 1993 hasta el año 2003, emitido por la Gobernación de Bolívar el 28 de noviembre de 2017²².
- Registro civil de nacimiento de la señora Edita Dolores Polo Cantillo, en el que consta que nació el 16 de septiembre de 1951²³.
- Liquidaciones realizadas por Colpensiones para calcular el IBL²⁴

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

En el presente asunto se demanda la legalidad de las Resoluciones No. 00539 del 18 de enero de 2008, No. 010054 del 05 de junio de 2008, No. GNR 297188 del 07 de octubre de 2016 y No. VPB 43333 del 02 de diciembre de 2016 expedidas por el ISS y Colpensiones, por medio de las cuales se reconoció una pensión de jubilación a la señora Edita Dolores Polo Cantillo, y se negó la reliquidación de la misma en los términos por ella solicitados - la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año.

En el sub examine, la Juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado de agosto de 2018, según la cual el IBL para calcular la pensión, en el régimen de transición, es el de los últimos 10 años o lo que le faltara a la persona para adquirir el status pensional desde la fecha entrada en vigencia de la Ley 100/93, con los factores descritos en el Decreto 1158/94 o los cotizados.

La parte actora, presentó recurso de apelación contra la anterior decisión, mostrando su inconformidad frente a la aplicación de la sentencia de la Corte constitucional y la sentencia de unificación del Consejo de Estado, en cuanto a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios.

En ese sentido expuso que, tanto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se habían excedido en sus funciones al modificar las disposiciones realizadas por el legislador quien es el único que puede crear las leyes. Así las cosas, solicitó la inaplicación de la sentencia de unificación del Consejo de estado del año 2018, alegando que la misma vulnera los principio de principios de inescindibilidad, progresividad y no regresividad, así como el derecho a la igualdad de la accionante, como quiera que se modifican, por medio de interpretación jurisprudencial, las condiciones impuestas por la ley, de manera

²² Folio 54-57 cdno 1

²³ Documento 17 CD ROM folio 104

²⁴ Documento 33 y ss CD ROM folio 104



13-001-33-33-014-2018-00026-01

que se desfavorecen los intereses de la accionante, quien en últimas termina recibiendo un trato diferente a las otras personas que demandaron la reliquidación de su pensión con anterioridad a la sentencia del 2018 y que sí se les reconoció.

En respuesta a este argumento, la Sala se permite citar una sentencia de la Corte Constitucional²⁵, en la que al analizar un caso parecido al actual, en una acción de tutela, manifestó lo siguiente:

“93. (ii) Más allá del alcance gramatical de la palabra “monto”, lo cierto es que, al analizar los antecedentes legislativos de la Ley 100 de 1993 y la literalidad del inciso 3° del artículo 36 ibídem, puede concluirse que el legislador excluyó del régimen de transición lo relacionado con el IBL, toda vez que, en el mencionado numeral, dispuso: “[e]l ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [numeral 2°]” debe ser el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho, si es que para ello faltasen menos de diez años, o el cotizado durante “todo el tiempo” cuando faltaren menos de diez años para adquirir ese derecho.

94. (iii) No es cierto que se vulnere la seguridad jurídica, pues, precisamente, lo que se busca con la implementación de un régimen de transición es beneficiar a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas, esto es, adoptar medidas tendientes a darles certeza sobre el régimen jurídico aplicable y los instrumentos y mecanismos necesarios para garantizar la vigencia de sus derechos e intereses pensionales.

95. (iv) **Tampoco es cierto que la aplicación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lugar, per se, al desconocimiento del principio de “inescindibilidad” o “conglobamento”, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Si bien es cierto que las disposiciones deben “aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido”^[102], también lo es que aquel principio no es absoluto, pues el propio legislador puede determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.** De no ser así, incluso, no tendría razón de ser la aplicación del régimen de transición en materia pensional. De otra parte, advierte la Sala que, de todas formas, dicho principio admite diversas limitaciones por parte del juez, las cuales, en todo caso, tienen que ser valoradas atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

96. Por lo demás, advierte la Sala que fue el legislador el que estableció que el IBL debía regularse de esa forma, es decir, que no se trata del fraccionamiento de un régimen sino de la aplicación del mismo según los postulados legislativos, incluso, así lo entendió el Consejo de Estado antes de noviembre del año 2000, como tuvo oportunidad de precisarse en el numeral 5.1.2.1 supra.

²⁵ Sentencia SU-023 de 2018



13-001-33-33-014-2018-00026-01

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado²⁶ en su sentencia de unificación de agosto de 2018 explicó que:

*“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”.

De acuerdo con lo expresado, encuentra esta Corporación que, no le asiste razón a la parte actora en sus argumentos, como quiera que, a través de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado no se pretendió agregar condiciones que el legislador no contempló para la norma, sino que, precisamente, lo que se buscó fue darle plena aplicación al artículo 36 de la Ley 100/93, en las condiciones en las que había sido creada, es decir, con un régimen de transición mixto, en el se aplicaban algunos elementos de los regímenes antiguos y el IBL de la Ley 100/93. Adicionalmente, como lo mencionan las sentencias citadas, el principio de inescindibilidad de la norma no es absoluto, pues el legislador se encuentra facultado para

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01



13-001-33-33-014-2018-00026-01

determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De igual forma, no se viola el principio de progresividad y no regresividad, puesto que, la Corte Constitucional²⁷, al citar una decisión de la Corte Interamericana señaló que, la limitación del ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, pues la obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida; en ese orden de ideas, la Corte internacional expuso que: *“El corpus iuris interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales, evidencia que el concepto de progresividad – y la obligación correlativa de no regresividad - establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana”*; en ese orden de ideas, tampoco puede alegarse una violación a dichos principios en la medida en que, lo buscado por las reformas pensionales es la sostenibilidad del sistema, fundamentado en el principio de sostenibilidad.

En lo que se refiere a la facultad que tienen las cortes para crear sentencias de unificación, la Corte Constitucional²⁸ ha expresado lo siguiente:

*(...) En la sentencia C-816 de 2011 se consideró que las Cortes, al ser órganos de cierre, deben unificar la jurisprudencia en el ámbito de sus jurisdicciones, (...) Ahora bien, la necesidad de imprimirle fuerza vinculante a los precedentes de las Cortes, como se explicó en la mencionada SU-053 de 2015, también toma en cuenta que la interpretación del derecho no es asunto pacífico y, en ese orden, los precedentes de estas corporaciones constituyen una herramienta trascendental en la solución de casos en los cuales las leyes pueden admitir diversas comprensiones en aras de evitar decisiones contradictorias en casos idénticos*²⁹.

20. La igualdad frente a las actuaciones judiciales, involucra, además, los principios de seguridad jurídica y debido proceso³⁰, los cuales son el punto de partida para lograr que los ciudadanos accedan a un esquema jurídico realmente cohesionado.

²⁷ Sentencia C-258 del 2013

²⁸ Sentencia SU- 072/18

²⁹ Parámetros que se reiteran en la sentencia C-179 de 2016.

³⁰ Ver sentencias C-836 de 2001, C-634 de 2011 y C-816 de 2011.



13-001-33-33-014-2018-00026-01

Tanto las normas como las decisiones judiciales con las cuales se interpretan y aplican deben ofrecer garantías de certeza y uniformidad, pues solo de esta manera es posible predicar que el ciudadano va a ser tratado conforme al principio de igualdad.

La Corte ha explicado que la seguridad jurídica implica que "en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite"³¹.

Ahora bien, la igualdad, como uno de los objetivos de la administración de justicia, no solo se nutre de la seguridad jurídica y el debido proceso, sino también de otros principios que los complementan como la buena fe, que obliga a las autoridades del Estado -los jueces entre ellas- a proceder de manera coherente y abstenerse de defraudar la confianza que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83 superior).

21. Para alcanzar esa certeza jurídica, la jurisprudencia ha definido diferentes instrumentos: (i) la Constitución establece que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, "lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley"; (ii) la ley contempla criterios de interpretación para resolver las tensiones al comprender y aplicar las normas jurídicas; **(iii) la Constitución determinó la existencia de órganos judiciales que tienen entre sus competencias "la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico";** (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, "tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad"; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102)³².

22. De acuerdo con lo dicho, los operadores judiciales han de mantener la misma línea jurisprudencial dado que tal uniformidad permite la realización de los principios mencionados.

Esta obligación también tiene matices, toda vez que a la par de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima pervive el principio de la autonomía judicial y la necesidad de ajustar tanto el derecho como su interpretación a las realidades sociales que se van imponiendo en garantía de un ordenamiento justo; claro está, con la observancia de las estrictas exigencias que deben cumplirse cuando de modificar o apartarse del precedente se trata³³.

³¹ Cfr. Sentencia C-284 de 2015.

³² Sentencia C-284 de 2015.

³³ SU-049 de 1999, C-774 de 2001, C-836 de 2001, C-029 de 2009, C-332 de 2011, T-394 de 2013, SU-515 de 2013, C-500 de 2014 y C-284 de 2015.



13-001-33-33-014-2018-00026-01

A su turno, el Consejo de Estado, a través de sentencia del 25 de septiembre de 2018³⁴, expuso:

“la jurisprudencia se convirtió en una fuente formal del derecho, que es reconocida como tal por el derecho mismo, y de la cual derivan su validez distintas reglas de rango jurisprudencial. En ese orden, la jurisprudencia entra a complementar el concierto de fuentes del derecho y, en consecuencia, se le reconoce fuerza vinculante que irradia sus efectos a todas las autoridades que tienen la obligación de observarla.

Por tanto, no es posible afirmar que el juez de cierre no pueda revisar su jurisprudencia, esto es, modificar su postura, porque sería tanto como pedirle que no ejerza adecuadamente sus funciones constitucional y legalmente asignadas y claudique en la “búsqueda de la completitud de las normas para afrontar (...) todos los problemas jurídicos que [se] le pueden presentar.

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que un cambio jurisprudencial respecto del alcance de determinada norma o concepto jurídico no constituye per se una transgresión al debido principio ni al principio de confianza legítima”.

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que, en efecto, no existe violación del principio de seguridad jurídica y la confianza legítima del Estado, cuando una Alta Corte realiza un cambio en la línea jurisprudencial adoptada hasta el momento, sobre determinado tema; lo anterior, atendiendo la dinámica propia de la interpretación judicial, de los cambios en la conformación de las Cortes y de la mutación de las realidades sociales a las que las decisiones de los jueces se deben adaptar. En ese sentido, la función jurisdiccional le permite al juez de cierre, en ejercicio de su autonomía funcional, efectuar cambios jurisprudenciales mediante la exposición clara y razonada de los fundamentos jurídicos que justifican las variaciones jurisprudenciales, de modo que las nuevas decisiones se encuentren debidamente soportadas y puedan ser enunciados vinculantes a efectos de administrar correcta y oportunamente la justicia.

Adentrándonos en el **caso en concreto**, encuentra este Tribunal lo siguiente:

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por demostrado que la señora Edita Dolores Polo Cantillo, laboró para el Hospital Universitario de Cartagena, como Auxiliar en Esterilización, desde el 25 de julio de 1978 hasta el 22 de agosto de 2003³⁵; lo que indica que ésta prestó sus servicios a la institución por más de 20 años. Que la edad de los 55 años que exige la Ley

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Rad. 11001031500020070013600. Recurrente: Franklin Segundo García Rodríguez

³⁵ Folio 53 cdno 1



13-001-33-33-014-2018-00026-01

33/85 los cumplió el 16 de septiembre de 2006, como quiera que nació en el año 1951³⁶.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que, la accionante es beneficiaria del régimen de transición, puesto que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93 (30 de junio de 1995³⁷) contaba con 43 años de edad. Por ello, según el último pronunciamiento del Consejo de Estado, para liquidar su pensión se tenía que tener en cuenta: la edad, el monto (75%) y el tiempo de servicios de la Ley 33/85; pero el IBL debe ser calculado sobre la base de lo establecido en el art. 36 la Ley 100/93, es decir: (i) A quien le faltare menos de 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 sería el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello; (ii) al que le hiciera falta más de 10 años, el IBL es el promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado en los últimos 10 años.

Bajo ese entendido, queda claro para la Sala que no es posible reclamar la reliquidación pensional con base en el último año de servicios, puesto que el precedente jurisprudencial es diáfano 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 100/93.

En el caso en estudio, se observa que a la señora Edita Dolores Polo Cantillo le faltaban más de 10 años para cumplir el status pensional, pues este solo lo adquirió en septiembre de 2006, cuando la Ley 100/93 entró en vigencia, para los empleados territoriales el 30 de junio de 1995³⁸. Por lo tanto el IBL debía calcularse sobre la base de los últimos 10 años laborados.

En cuanto a los factores, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo sostiene que, solo es posible reconocer la pensión con la inclusión de los factores salariales sobre los cuales se hayan realizado aportes al sistema o, los

³⁶ Documento 17 CD ROM folio 104

³⁷ 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"**

³⁸ 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"**



13-001-33-33-014-2018-00026-01

contemplados en el Decreto 1158 de 1994, que determina los factores sobre los cuales es obligatorio cotizar:

“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”

Según el certificado emitido por la Gobernación de Bolívar, la demandante devengó en los últimos 10 años, desde 1993 hasta el año 2003, los siguientes factores salariales: **sueldo**, subsidio de transporte, prima de alimentación, **bonificación por servicios, bonificación por antigüedad**, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad, **promedio recargo mensual**³⁹.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que, si bien la accionante no tiene derecho a que se le incluyan todos los factores salariales, sí debían incluirse dentro de su pensión el sueldo, la bonificación por servicios, la bonificación por antigüedad y el promedio recargo mensual, pues estos elementos sí constituyen factores a tener en cuenta en el reconocimiento de la pensión. Sin embargo, una vez verificada la última liquidación hecha por Colpensiones para efectos de expedir las Resoluciones No. GNR 297188 del 07 de octubre de 2016 y No. VPB 43333 del 02 de diciembre de 2016⁴⁰, le reliquidan de pensión, encuentra esta judicatura que en la misma no se discriminan qué factores se usaron para dicha reliquidación, pues si bien es cierto en algunos años se discrimina el sueldo y la bonificación por servicios, en otros años solo se tuvo en cuenta el IBC – Ingreso Base de Cotización -, es decir, se desconocen qué factores hacían parte de ese IBC; para ello, era necesario traer al proceso los formatos No. 3 donde se certifican los factores sobre los cuales el empleador calculó el IBC y así poder distinguir si los factores enunciados en el párrafo anterior, habían sido cotizados y por ende incluidos en la liquidación de la pensión por Colpensiones.

³⁹ Folio 54-57 cdno 1

⁴⁰ Documento 33 y ss CD ROM folio 104



13-001-33-33-014-2018-00026-01

En ese orden de ideas, como quiera que no se tiene certeza sobre los factores que fueron incluidos en la pensión de la señora Edita Polo (carga probatoria que le correspondía a esta parte, por ser quien alega tener derecho), no es posible ordenar la modificación de la liquidación hecha por Colpensiones; y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

5.6 De la condena en costas.

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, establece que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

A su turno los art. 365 y 366 del CGP determina que, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Que, en el evento en el que el superior confirme en todas sus partes la decisión de primera instancia, se condenará en costas al recurrente en segunda instancia. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias; y, en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

En el caso de marras, se tiene que la sentencia de primera instancia fue confirmada en su totalidad, por lo que esta Sala debería condenar en costas a la parte demandante, sin embargo, la Sala se abstendrá de ello teniendo en cuenta que la decisión actual se fundamenta en un cambio jurisprudencial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas, a la parte demandante, en segunda instancia conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



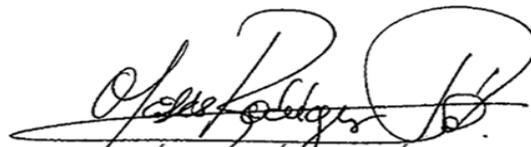
13-001-33-33-014-2018-00026-01

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 virtual No. 043 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ