

Cartagena de Indias D.T. y C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2017-00010-01
Demandante	NACIRA DEL SOCORRO MARTÍNEZ ROMERO
Demandado	COLPENSIONES
Tema	<i>Reliquidación pensional- La actora reclama la reliquidación con aplicación de la Ley 33 de 1985, sin embargo le resulta más el Decreto 049 de 1990.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 29 de junio de 2018 proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora NACIRA DEL SOCORRO MARTÍNEZ ROMERO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en 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 Fols. 1-7

3.1.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la presente acción, el demandante elevó las siguientes pretensiones:

1. *Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos Resolución No. GNR269711 de fecha 28 de julio de 2014 a través de la cual se resuelve una solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, resolución No. GNR411043 de fecha 26 de noviembre de 2014 a través de la cual se resolvió recurso de reposición de la resolución mencionada anteriormente y de la resolución No. VPB35249 del 20 de abril de 2015 emitidos por Colpensiones, actos administrativos estos que no liquidan en debida forma la mesada pensional de mi cliente y que niegan su reliquidación de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la ley 33 de 9985 la cual es aplicable en el caso de mi cliente⁴.*
2. *Que como consecuencia de la anterior petición se le restablezca el derecho a mi cliente, reliquidando la pensión de vejez de mi cliente conforme lo expresa el artículo 1 de la ley 33 de 1985 y condenando a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones a pagar el retroactivo pensional de las diferencias pensionales de todas y cada una de las mesadas pensionales que resulten de dicha reliquidación desde el 2 de julio de 2011 fecha a partir de la cual tuvo derecho a gozar su pensión de vejez hasta la fecha en que efectivamente sea incluida en nómina el pago del nuevo valor de la pensión de mi cliente y la indexación monetaria de esta suma de dinero o de aquella a la cual usted condene en la sentencia a la entidad demandada a pagarla a mi cliente.*
3. *Que se condene a la demanda al pago de intereses moratorios de todas las diferencias pensionales que resulten de cada una de las mesadas pensionales pagadas desde el 2 de julio de 2011 fecha a partir de la cual tuvo derecho a gozar su pensión de vejez hasta la fecha en que efectivamente sea incluida en nómina el pago del nuevo valor de la pensión de mi cliente, tal como lo establece el artículo 141 de la ley 100 de 1993.*
4. *Que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.*

³ Fol. 4 subsanación fol. 43 cdno 1.

⁴ Subsanada mediante escrito a folio 43 cdno 1

3.1.2. Hechos⁵.

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

La demandante se pensionó a través de la Resolución No. 00000310 del 29 de enero de 2011, pero su inclusión en nómina se produjo a través de la resolución No. 00006945 del 29 de junio de 2012. A través de la cual se estableció monto de su pensión y la norma aplicada la cual fue el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con el promedio de los últimos diez años anteriores al cumplimiento de los requisitos para pensionarse, aplicándose un IBL del 85%.

Aduce que la liquidación realizada por el Seguro Social fue mal realizada, debido a que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, al ser empleada pública debía aplicársele el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, el cual era el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, el cual establece como monto de la pensión el 75% de lo devengada en el último año de servicio, por lo que afirma recibir menos con la liquidación efectuada.

Mediante petición del 19 de diciembre de 2013, solicitó a colpensiones la reliquidación de su pensión de vejez y el aumento del 14% porque su cónyuge depende de ella, la entidad dio respuesta a la misma mediante la Resolución GNR 269711 del 28 de julio de 2014, accediendo a dicha solicitud pero determinando que le era más favorable la aplicación de la Ley 100 de 1993, incluyendo el monto de la mesada pensional.

Contra el anterior acto administrativo, interpuso los recursos de reposición y apelación resueltos mediante resolución GNR 411043 del 26 de noviembre de 2014 y resolución VPB 35249 del 20 de abril de 2015, respectivamente, denegando los mismos por no encontrarse probada la calidad de empleada pública; siendo que la actora laboró desde el 23 de mayo de 1978 hasta el 20 de junio de 2011 en la Institución Educativa Diógenes Arrieta, posteriormente fue nombrada mediante Decreto 1393 de la misma fecha como secretaria en dicha institución, hasta el año 2011, cuando fue desvinculada de su cargo mediante acto administrativo No. 391 del 22 de junio de 2011 proferido por el Departamento de Bolívar.

⁵ Fols. 2-3 Cdno 1

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Art. 1 y 2 de la Carta Política
- Art. 1 de la Ley 33 de 1985
- Art. 36 de la Ley 100 de 1993
- Art. 45 del Decreto 1045 de 1978

Aduce que los actos demandados, desconocen que Colombia es un estado social de derecho y tiene como fin la efectividad de los derechos de su comunidad.

Vulnera la Ley 33 de 1985, toda vez que a los demandados servidores públicos se le liquidó su pensión de vejez y se les paga su mesada conforme el art. 1 de dicha norma lo establece; así como lo determinado por el Art. 36 de la Ley 100 de 1993 el cual determina que a los beneficiarios allí contemplado se les aplicara en materia de requisitos y monto el régimen anterior al cual estaban afiliados, lo que aquí no se aplica.

Finalmente, en cuanto a la violación del Decreto 1045 de 1978 asevera que, dicha norma determina los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de cesantías y pensiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales, excluyendo los actos demandados factores allí contemplado tales como; la bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios los cuales le fueron pagados.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. COLPENSIONES⁶:

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de la demanda y tuvo como ciertos algunos hechos de la misma.

Adujo que los actos demandados se expidieron conforme a las normas aplicables, siendo reconocida de conformidad con lo establecido en la Ley 100

⁶ Fols. 53-59 Cdno 1.

13-001-33-33-012-2017-00010-01

de 1993, debido a que, si bien a la demandante nació el 23 de julio de 1948, ósea que para el 23 de julio de 2003 cumpliría los 55 años, y en primera medida tendría derecho a la pensión bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, por el principio de favorabilidad le es más beneficiosa la ya reconocida, toda vez que con la ley 100 de 1993 se le tuvo en cuenta una tasa de reemplazo del 85%, con la Ley 33 de 1985 solo tendría una tasa de reemplazo del 75% en el último año.

Propuso como excepciones las siguientes: (i) inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; (ii) buena fe; (iii) cobro de lo no debido; y (iv) innominada.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

Por medio de providencia del 29 de junio de 2018, la Juez doce Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda.

Al respecto sostuvo que, la demandante no tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en la medida en que según la jurisprudencia constitucional el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no reconoce que continúen siendo aplicables ni el IBL ni los factores previstos con anterioridad a la misma, siendo el monto equivalente únicamente a tasa de reemplazo o porcentaje aplicable al IBL.

Determinó que la actora es beneficiaria del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, debido a que al momento de entrar en vigencia dicha ley, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, por lo que su IBL debe determinarse por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado los últimos 10 años, siempre que hubiese cotizado 1250 semanas mínimo.

En ese sentido, concluyó que las pretensiones fueran denegadas debido a que el régimen de la Ley 100 de 1993, solo limita su aplicación en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, lo que impide que se incluya en el IBL únicamente los factores salariales devengados en el último año, recordando que el régimen aplicable Ley 100 de 1993 no reconoce que se continúen siendo ajustables ni el IBL ni los factores salariales con anterioridad a la misma.

⁷ Fols. 90-97 Cdno 1.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁸

Por medio de escrito del 24 de julio de 2018, el demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que cuando adquirió el derecho le era aplicable la Ley 33 de 1985, debiéndose tomar como IBL el último año de salario y las demás prestaciones que entrarían con esto, es decir, que a partir del reconocimiento de su pensión e inclusión en nómina ya tenía un derecho adquirido y por lo tanto debe liquidarse su IBL conforme lo establece la Ley 33 de 1985, determinando dicha norma como se calcula el monto de la pensión, el IBL y la tasa de reemplazo.

Aduce que no entiende la aplicación de la Ley 100 de 1993, en donde determina que el monto de la pensión será el equivalente a cierto porcentaje, pero que el IBL de los afiliados se determinará de cierta manera, cosa que también hace la Ley 33 de 1985, la cual establece la tasa de reemplazo y la liquidación del IBL.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 22 de octubre de 2018⁹, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de marzo de 2019¹⁰; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 17 de junio de 2019¹¹.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.6.1. Parte demandante¹²: Presentó alegatos de conclusión el 3 de julio de 2019, solicitando se revoque el fallo apelado y se acceda a las pretensiones de la demanda.

3.6.2. Parte demandada¹³: Presentó su escrito el 20 de junio de 2019, solicitando se confirme la sentencia apelada.

⁸ Fols. 99 Cdno 1.

⁹ Fol. 1 Cdno 2

¹⁰ Fol. 3 Cdno 2

¹¹ Fol. 7 Cdno 2.

¹² Fol. 11-12 Cdno 2.

¹³ Fol. 9-10 cdno 2



13-001-33-33-012-2017-00010-01

3.6.3. Ministerio Público: No rindió el concepto de su competencia.

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 forme es competente 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 conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Es procedente reliquidar la pensión de vejez de la demandante con base en las previsiones de la Ley 100 de 1993; es decir, en cuantía del 75% y teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, debido a que, si bien al momento de adquirir el derecho le resultaba aplicable a la demandante la Ley 33 de 1985, en el caso de marras se demostró que dicha norma le es desfavorable para sus intereses como quiera que la tasa de reemplazo es menor que la aplicada en el Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990).

Respecto a la reliquidación con fundamento en el promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo

13-001-33-33-012-2017-00010-01

del servicio, no tiene derecho, como quiera que el art. 36 de la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiaria, no incluye el IBL como parte del régimen de transición, interpretación que es reafirmada en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado.

Por último, en cuanto a los factores salariales, la sentencia de unificación en comento, dispone que deben tenerse en cuenta los factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales el demandante haya realizado las respectivas cotizaciones.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. 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, como 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, termino 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.

Baste ratificar entonces, que una vez determinada la condición de una persona como beneficiaria del régimen de transición, se impone la aplicación plena 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



13-001-33-33-012-2017-00010-01

para los aportes durante el último año de servicio, siempre que preste o haya prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tenga 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

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

"ARTÍCULO 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 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su 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;



13-001-33-33-012-2017-00010-01

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 accedan a la pensión de jubilación, al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1° 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 3° de la misma ley, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

5.4.2. Decreto 758 de 1990- Acuerdo 49 de 1990

Por medio del Decreto 758 del 11 de abril de 1990, el Gobierno Nacional aprobó el Acuerdo 049 de febrero 1 de 1990, emanado del consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, en el cual se dispuso, en materia de pensión de vejez, lo siguiente:

"ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.*

ARTÍCULO 16. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES LEGALES DE JUBILACION. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el



13-001-33-33-012-2017-00010-01

patrono continuará cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venia cubriendo al pensionado.

ARTÍCULO 20. INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

(...)

II. PENSION DE VEJEZ.

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

PARÁGRAFO 1o. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

PARÁGRAFO 2o. La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

NUMERO SEMANAS	% INV P. TOTAL	% INV.P. ABSOLUTA	% GRAN INV.	VEJEZ
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57



13-001-33-33-012-2017-00010-01

750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	63
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81
1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.

% Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.

% Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.

% Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez.

ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. <Artículo derogado según la Corte Constitucional en la SU-140-19> Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal".

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados:

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



13-001-33-33-012-2017-00010-01

- La demandante nació el 23 de julio de 1948¹⁴, por lo que cumplió los 55 años de edad el 23 de julio de 2003.
- Mediante Resolución No. 00000310 del 20 de enero de 2011, el Instituto de Seguros Sociales reconoció a la demandante pensión de vejez, con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y conforme a los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, dejándose en suspenso el ingreso en nómina hasta que acreditara el retiro del servicio¹⁵.
- Por medio de Resolución No. 00006945 del 29 de junio de 2012, el ISS ordenó la inclusión en nómina de la actora, con base en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, el IBL conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y un porcentaje de liquidación del 85%¹⁶.
- Conforme al acto administrativo No. GNR269711 del 28 de julio de 2014 Colpensiones resuelve una solicitud de reliquidación de pensión de vejez presentada por la actora de manera desfavorable, cuyo objeto era que se le aplicara de manera íntegra la Ley 33 de 1985 tomando como IBL su último año de servicio, además que se le incrementara el 14% por cónyuge¹⁷.
- A través de Resolución GNR 411043 del 26 de noviembre de 2014, COLPENSIONES resuelve confirmar el acto administrativo No. GNR269711, objeto de recurso por la parte demandante¹⁸.
- Así mismo por Resolución No. VPB 35249 del 20 de abril de 2015, COLPENSIONES resuelve recurso de apelación interpuesto por la actora en contra del acto administrativo No. GNR269711, confirmando las dos anteriores en todas sus partes¹⁹.
- Certificado de salarios de la demandante correspondiente al año 2010²⁰.

¹⁴ Fol. 68 CD. Documento 3 y 5 cdno 1

¹⁵ Fols. 9-11 y CD dcto 00477287000000023099919020901A cdno 1

¹⁶ Fols. 12-13 cdno 1

¹⁷ Fols. 15-17 cdno 1

¹⁸ Fols. 20-21 cdno 1

¹⁹ Fols-24-26 cdno 1

²⁰ Fol. 33



13-001-33-33-012-2017-00010-01

- Certificado expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, en el que consta que la señora Nacira Martínez laboró desde el 23 de noviembre de 1981 hasta el 01 de julio de 2011²¹.
- Certificado laboral emitido por Colpensiones, donde se reporta las semanas cotizadas por la demandante y los periodos de vinculación a entidades públicas²².

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub-examine los actos enjuiciados son la Resolución No. GNR269711 de fecha 28 de julio de 2014 a través de la cual se resuelve una solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, Resolución No. GNR411043 de fecha 26 de noviembre de 2014 a través de la cual se resolvió recurso de reposición de la resolución mencionada anteriormente y la Resolución No. VPB35249 del 20 de abril de 2015 mediante la cual se resuelve el recurso apelación interpuesto.

Conforme a las pruebas allegadas se tiene que, la demandante nació el 23 de julio de 1948, por lo que cumplió los 55 años el 23 de julio de 2003, laboró para el Departamento de Bolívar desde el 23 de mayo de 1978 (fol. 27) y retirada del servicio en el año 2011 (fol. 32).

Se encuentra probado con el certificado expedido por Colpensiones (nota al pie 22) que la demandante estuvo vinculada al sector público durante más de 20 años con los siguientes periodos de aportes:

DESDE	HASTA	ENTIDAD	CARGO	ENTIDAD A LA CUAL REALIZÓ APORTES
30-05-1978	12-08-1980	Gobernación de Bolívar	Bibliotecaria	Caja de Previsión Social
17-11-1981	30-06-1995	Gobernación de Bolívar	Mecanografía	Caja de Previsión Social

²¹ Fol. 82 cdno 1

²² Documento No. 9 y 13 expediente administrativo





13-001-33-33-012-2017-00010-01

Por lo anterior, mediante Resolución No. 00000310 del 20 de enero de 2011 el Instituto de Seguro Social, reconoció a la demandante una pensión de vejez conforme a los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que exige para obtener la pensión de vejez, haber cumplido 55 años de edad para las mujeres y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas de cotización para las personas que adquieren el derecho antes del 2005, requisitos que cumplió la demandante, la cual al sumar el total de tiempo cotizado como servidora pública y el cotizado al ISS acreditaba un total de 10.385 días equivalentes a 28 años, 10 meses y 6 días, o 1483 semanas. En dicho acto administrativo, establece que también cumplía con los requisitos para el reconocimiento con la Ley 33 de 1985, por cuanto acredita 1483 semanas de cotización. Sin embargo, determinó que efectuada las dos liquidaciones le resultaba más favorable con base en la Ley 100 de 1993, que para su caso arrojaba una mesada para el año 2011 de \$786.547 y un IBL del 85%; mientras que con la Ley 33 de 1985 su mesada correspondía a \$735.560 y un IBL del 75%.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante resaltar que la señora Nacira Martínez de Romero es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100/93, toda vez que para la fecha en la que ésta norma entró en vigencia – 30 de junio de 1995²³.-, contaba con 46 años de edad y 17 años de servicio²⁴.

De acuerdo con lo expuesto, la accionante reclama la aplicación de la Ley 33/1985, para que se le reliquide su pensión con base en el 75% promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; Colpensiones por su parte, se opone a dicha pretensión con el argumento de que el régimen de transición solo obedece a la aplicación de la edad, el tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del régimen anterior, pero que el IBL y los factores salariales deben ser calculado con fundamento en la Ley 100/93.

²³ 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"***

²⁴ Art. 36 de la Ley 100/93: "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"



13-001-33-33-012-2017-00010-01

En ese orden de ideas, la Sala procede a dirimir el conflicto presentado, de la siguiente forma:

- Aplicación integral de la Ley 33/85 y el ingreso base de cotización

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 hiciera 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.

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 claro en determinar que solo pueden tenerse en cuenta para ello, los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus pensional, desde la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

En el caso bajo estudio, se advierte que la señora NACIRA MARTÍNEZ DE ROMERO cumplió los 20 años de servicio el 30 de mayo de 1998, aproximadamente y los 55 años de edad el 23 de julio de 2003; por lo tanto, a la fecha de entrada en vigencia de Ley 100/93 (30 de junio de 1995), le faltaban 8 años, 23 días para adquirir el status pensional; por lo que, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales antes citadas, su IBL debía ser liquidado con base en ese término.

En el sub examine, Colpensiones a través las Resoluciones GNR-269711 del 28 de julio de 2014 y GNR-411043 del 26 de noviembre de 2014, determinó que el IBL aplicable a la accionante debía calcularse con base en el artículo 21 de la Ley 100/93, por tener más 1250 semanas cotizadas; en ese sentido, el IBL estuvo fijado en 11,264 días de cotización (equivalente a 1.609 semanas), fijándose en un 85%



13-001-33-33-012-2017-00010-01

por aplicación del Acuerdo 049 del 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año²⁵. Ahora bien, la pretensión del demandante es que se le aplique un IBL del 75% del último año de servicio, lo cual no es posible puesto que de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional y de unificación del Consejo de Estado, citadas en el fallo de primera instancia como en esta providencia, el IBL no estuvo sometido a transición, por lo tanto el IBL para el caso de la demandante debió calcularse en el periodo correspondiente a los 8 años y 23 días, y no en el promedio de los 10 últimos años, pero este no fue la pretensión del demandante lo que le impide a esta Corporación cualquier pronunciamiento al respecto.

Así las cosas, concluye este Tribunal que no le asiste derecho a la señora NACIRA MARTÍNEZ DE ROMERO para reclamar la reliquidación de su pensión con fundamento en el último año de servicios, puesto que, tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, el IBL no es un concepto sujeto al régimen de transición y por lo tanto debe llevarse a cabo según lo establecido en la Ley 100/93.

- **De los Factores salariales.**

En lo que respecta a los factores salariales, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo sostiene que solo es posible reconocer en la pensión, factores salariales sobre los cuales se hayan realizado aportes al sistema.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, según el Decreto 1158 de 1994, era obligatorio cotizar sobre los siguientes conceptos:

“ARTÍCULO 1°. El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así: Base de cotización.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*

²⁵ Ver folio 20-21, folio 17



13-001-33-33-012-2017-00010-01

- f) *La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) *La bonificación por servicios prestados".*

Conforme el certificado emitido por el FOMAG, la demandante, durante el año 2010, devengó lo siguiente: **asignación básica, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones** (fl. 33).

Ahora bien, en la Resolución GNR 269711 del 28 de julio de 2014 Colpensiones sostuvo que, para liquidar los factores salariales de la actora, se tuvo en cuenta los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y art 1 del Decreto 1158 del 2 de junio de 1994; De igual manera se expuso, que la liquidación de la prestación económica se efectuó teniendo en cuenta el ingreso base de cotización realizado al sistema general de pensiones.

Partiendo de lo anterior concluye este Tribunal que al demandante se le tuvo en cuenta el IBL establecido en el certificado de salario mes a mes (Formato No. 3); sin que pueda conocerse, específicamente, cuales factores se tuvieron en cuenta para la liquidación. En ese orden de ideas, como quiera que no se logró demostrar la omisión en la inclusión de alguno de los factores salariales devengados por el demandante, no es posible concluir que los actos administrativos demandados se encuentren falsamente motivados, por lo que no es posible acceder a las pretensiones señaladas en el recurso de apelación.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, 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, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso



13-001-33-33-012-2017-00010-01

Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de junio de 2018, proferida por la Juez Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.032 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



13-001-33-33-012-2017-00010-01


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


DIGNA MARIA GUERRA PICÓN