

Cartagena de Indias D.T y C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2017-00180-01
Demandante	NILSA LEONILDA CUETO RIVERA
Demandado	COLPENSIONES S.A.
Tema	<i>Reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales – no demuestra sobre qué factores se le liquidó la pensión.- confirma sentencia que niega pretensiones.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 7 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron 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 NILSA CUETO RIVERA instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Esta 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 Folio 3-6

13-001-33-33-004-2017-00180-01

3.1.1. Pretensiones³

PRIMERO: Se declare la nulidad del acto administrativo GNR-308729 del 18 de octubre de 2016, por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

SEGUNDO: Se declare la nulidad del acto administrativo VBP 447449 del 15 de diciembre de 2016, por medio del cual se confirma la decisión adoptada en la Resolución GNR-308729 del 18 de octubre de 2016.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad accionada a reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios la demandante.

CUARTO: Condenar a Colpensiones a actualizar el promedio base de liquidación, teniendo en cuenta el último día laborado por la actora, que fue el 12 de junio de 2003, teniendo en cuenta que el reconocimiento de la mesada laboral se realizó el 26 de septiembre de 2007, y la inclusión en nómina solo se realizó el en el 4to periodo del año 2012.

QUINTO: Condenar a las demandadas al pago de las diferencias dejadas de pagar hasta la fecha del cumplimiento de la sentencia.

SEXTO: Condenar a las demandadas al pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, y hasta que se cumpla la misma. De no accederse a esta pretensión, que se condene a la indexación de las mesadas no pagadas.

SÉPTIMO: Condenar en costas y agencias en derecho

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos⁴

En la demanda se expone que la señora NILSA LEONILDA CUETO RIVERA nació el 13 de abril de 1952, y laboró en el servicio seccional de salud de Bolívar, como auxiliar de consultorio dental, por 1.618 semanas, desde el 1 de junio de 1972 hasta el 12 de junio de 2003.

³ Folio 3

⁴ Folio 3-4

13-001-33-33-004-2017-00180-01

Que cumplió la edad para pensionarse el 13 de abril de 2007, pero solicitó la pensión el 26 de noviembre de 2011, siendo reconocida la misma mediante Resolución 002403 del 13 de marzo de 2012; para ello, se tuvo como fundamento la Ley 100/93, por lo que el IBL se calculó con base en los últimos 10 años de servicio, con los factores salariales del Decreto 1158/94.

Sostuvo que, en dicho acto administrativo se le reconoció un retroactivo de \$39.700.066 y una mesada de \$554.186; pero que en la liquidación no se le tuvieron en cuenta los siguientes factores: subsidio de transporte, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad y promedio de recargo mensual.

Afirma, que el 22 de agosto de 2016 solicitó la reliquidación de su pensión, con base en la Ley 33/85, pero su pretensión fue negada a través de las resoluciones demandadas.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas:

- Artículos 50 y ss. del Código Contencioso Administrativo,
- Artículo 36 de la Ley 100 de 1993
- Artículo 1º y 3º de la Ley 33 de 1985
- Artículo 1º de la ley 62 de 1985
- Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo

Como concepto de violación se expuso, que la señora NILSA LEONILDA CUETO RIVERA, nació el 13 de abril de 1952 y desde el 1º de junio de 1972 hasta el 12 de Junio de 2003 laboró en la Ese Hospital Montecarmelo del Carmen de Bolívar, lo que quiere decir que al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 42 años de edad y 22 años de servicio exclusivo a una empresa del sector público, por lo que se encuentra amparada por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Expresa, que la accionante adquirió el status de pensionada el 13 de abril de 2007, fecha en que cumplió los 55 años de edad y habiendo cotizado al menos 26 años en el régimen de prima media con prestación definida en la

13-001-33-33-004-2017-00180-01

Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y luego en el Instituto de Seguros Sociales.

Que, para efectos de calcular el IBL de la actora debía tenerse en cuenta el promedio de la totalidad de los factores salariales por ella cotizado durante el último año de servicios, desde el 13 de Junio de 2002 al 12 de Junio de 2003. El monto de la prestación debe ser el 75% de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Advierte que, el Consejo de Estado mediante sentencia del 16 de octubre de 2008, reiteró lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-168 de 1995, al considerar que la Ley 33 de 1985 es aplicable al sector público sin distinción, es decir, a los empleados oficiales de todos los órdenes, haciendo referencia a los beneficiarios del régimen de transición.

Expuso también, que la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia, por medio de sentencia del 4 de agosto de 2010, en la que avaló la interpretación que más se ajusta al principio de favorabilidad, en cuanto a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93. Al respecto se indicó que, todos los factores salariales que reciben los funcionarios de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, integran el salario base de liquidación de su pensión, independientemente de la denominación que se les dé.

Agregó, que en el mencionado fallo el Consejo de Estado aclaró que el listado de factores salariales consignado en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no es taxativo, sino enunciativo; la nueva tesis, busca garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, por tal motivo, debe dársele aplicación en este caso concreto.

3.2 CONTESTACIÓN ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES⁵

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que son parcialmente ciertos los hechos expuestos por la demandante. En cuanto a las pretensiones, solicita que las mismas sean denegadas, toda vez que la entidad accionada siempre actuó conforme a derecho, teniendo en cuenta

⁵ Folio 59-68

13-001-33-33-004-2017-00180-01

el tiempo cotizado por la interesada y los demás requisitos para acceder a la pensión.

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.

Expone 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.

Con respecto al caso concreto indicó que, si bien la demandante pretende la reliquidación de su pensión de vejez, conforme a la Ley 33 de 1985, con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, ello no es procedente como quiera que a los beneficiarios del régimen de transición solo se les debe tener en cuenta, del régimen anterior, la edad, el tiempo y el monto, entendido éste como la tasa de reemplazo, sin embargo para el cálculo del IBL, debe ser aplicado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se hizo para el sub examine, el cual se efectuó con el tiempo que la hacía falta al 1 de abril de 1994 y los factores salariales consagrados en el Decreto 1158 de 1994.

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

13-001-33-33-004-2017-00180-01

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 7 de diciembre de 2018, la Juez Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda, en aplicación de la sentencia SU-395 de 2017, de la Corte Constitucional y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.

Frente al caso concreto definió que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93 la accionante contaba con más de 22 años de servicio por lo que ésta se encontraba cobijada con el régimen de transición del artículo 36 de la norma en cita; en ese sentido, consideró que a la demandante le es aplicable le Ley 33/85 en lo concerniente a la edad, tiempo de servicio y la tasa de reemplazo; pero, en cuanto al IBL lo aplicable es la Ley 100/93 y para liquidar los factores salariales debe tenerse en cuenta el Decreto 1158/94.

Del análisis de las pruebas allegadas al expediente concluyó, que a la accionante le faltaban 10 años para adquirir el status pensional, por lo que éste era el IBL que debía tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión. En cuanto a los factores salariales, se expuso que no se había demostrado cotización sobre los factores reclamados por lo que no podían ser reconocidos.

En cuanto a la indexación de la primera mesada expuso, que no había lugar al reconocimiento de la misma, como quiera que los valores tomados para la liquidación de la pensión fueron actualizados conforme lo ordena el artículo 21 de la Ley 100/93. Lo anterior, teniendo en cuenta que la accionante se retiró del servicio en el año 2003 y solo hasta el año 2007 cumplió la edad necesaria para la pensión.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que, aun tomando en cuenta las sentencias invocadas en el fallo de primera instancia, la señora Nilsa Cueto tiene derecho a la reliquidación de su pensión, toda vez que en la Resolución 00002403 del 13 de marzo de 2012, al momento de liquidar su pensión, solo se

⁶ Folio 100-114

⁷ Folio 121-123

13-001-33-33-004-2017-00180-01

tuvo en cuenta el salario mensual, actualizado desde el año 2003, hasta el año 2007, dejando por fuera factores que se encuentran enlistados en el Decreto 1158/94, como lo es la bonificación por servicios prestados, la bonificación por antigüedad y el promedio del recargo mensual.

Solicita que al caso bajo estudio se le aplique la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, del Consejo de Estado, en la que se reiteró la posición frente a la interpretación del régimen de transición pensional en el sector oficial, con base en la aplicación integral de la Ley 33/85; además, que se de aplicación a la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, toda vez que, de acogerse la variación interpretativa de la SU-230 de 2015, se afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición y que tienen sus pensiones pendientes de decisión judicial o administrativa.

Afirma, que el hecho de que el empleador haya dejado de cotizar sobre los factores salariales que establece la ley, no es excusa para que Colpensiones niegue la reliquidación sobre ello, como quiera que dicha carga no puede ser asumida por el trabajador.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 20 de marzo de 2019⁸, por lo que el 21 de mayo de 2019 se procedió a admitirla⁹, y se corrió traslado para alegar el 17 de octubre de 2019¹⁰.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes presentaron alegatos de conclusión reiterándose en los argumentos de la demanda y la contestación (fl. 23-26); el Ministerio Público no presentó concepto.

⁸ Folio 3 c. 2

⁹ Folio 5 c. 2

¹⁰ Folio 20 ibídem

13-001-33-33-004-2017-00180-01

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.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, los cuales se limitan a exponer la inconformidad de la demandante frente a la decisión de no acceder a la reliquidación de su pensión, el problema jurídico que se debe resolver es el siguiente:

¿Tiene derecho la señora NILSA CUETO RIVERA a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año de servicios?

¿Existen factores salariales incluidos en el Decreto 1158/94 que no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión de la señora NILSA CUETO RIVERA?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, toda vez que la señora NILSA CUETO RIVERA no tiene derecho a la reliquidación de su pensión en las condiciones que reclama, como quiera que el Consejo de Estado, a través de sentencia SU del 25 de abril de 2019, estableció que las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100/93, debe calcularse con el IBL de los últimos 10 años o lo que le faltara al beneficiario para adquirir el status; y los factores salariales deben ser los contemplados en el Decreto 1158/94 o los cotizados.

13-001-33-33-004-2017-00180-01

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.

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.”

13-001-33-33-004-2017-00180-01

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*

13-001-33-33-004-2017-00180-01

y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley...”.

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

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 expuso¹¹:

“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

¹¹ 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

13-001-33-33-004-2017-00180-01

carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

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".



13-001-33-33-004-2017-00180-01

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:

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 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

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.

13-001-33-33-004-2017-00180-01

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.

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

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Probados

- De acuerdo con el registro civil de nacimiento visible a folio 7 del expediente, la señora NILSA LEONILDA CUETO RIVERA, nació el 13 de abril de 1952, por lo que cumplió los 55 años de edad en el año 2007.
- A través de certificado laboral de la Gobernación de Bolívar, del 11 de abril de 2016, se demuestra que laboró en la extinta ESE Montecarmelo de El Carmen de Bolívar, desde el 1 de junio de 1972, hasta el 12 de junio de 2003,

13-001-33-33-004-2017-00180-01

siendo nombrada en el cargo de operaria de servicios generales, y desempeñándose en diversos cargos (fl. 11).

- Mediante Resolución 00002403 del 13 de marzo de 2012 (fl. 15-17), el Instituto de Seguro Social le reconoció una pensión de jubilación a la accionante, manifestando que la misma contaba con más de 26 años de servicio, y con la edad necesaria para ello. Así mismo expuso, que la interesada era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100/93, por lo que le era aplicable el artículo 1º de la Ley 33/85 en cuanto a la edad, tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del 75%.

Para efectos de determinar el IBL aplicable a la accionante, el ISS tuvo en cuenta el Artículo 21 de la Ley 100/93, en cuanto establece que cuando la beneficiaria cuente con más de 1250 semanas, la liquidación debe efectuarse con el promedio de toda la vida laboral. En ese sentido, el IBL estuvo fijado en 1383 semanas de cotización (equivalentes a 26 años y 10 meses de labor)¹².

El IBL fue tasado en el valor de \$738.915, sin discriminarse los factores que se tuvieron en cuenta para la liquidación. La tasa de reemplazo usada fue del 75%, para una mesada pensional equivalente al \$554.186 efectiva a partir del 26 de septiembre de 2007.

- De acuerdo con el certificado de salario base para liquidación y emisión de bonos pensionales (Formato No. 2), se tiene que la señora Cueto Rivera cotizó en los años 1991 a 1992, sobre el factor denominado “*remuneración por trabajo dominical o festivo*” (fl. 12-13).
- Certificado laboral expedido por la Gobernación de Bolívar, en el consta que la accionante devengó, en los años 2001-2003, los siguientes factores: **suelo básico, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima de semestral, prima de navidad y promedio de recargo mensual** (fl. 14).
- La señora Cueto Rivera presentó, el 22 de agosto de 2016, una petición para obtener la reliquidación de su pensión (18-20); sin embargo la misma fue negada a través de la Resolución No. GNR 308729 del 18 de octubre de 2016 (fl 24-27).

¹² Ver folio 15 y rev, folio 17

13-001-33-33-004-2017-00180-01

- La decisión anterior fue confirmada a través de la Resolución No. VPB 44749 del 15 de diciembre de 2016 (fl. 33-37).

Pruebas relevantes del expediente administrativo:

- Certificado laboral expedido por la Gobernación de Bolívar, en el consta que la accionante devengó, en los años 1992-2000, los siguientes factores: **suelo básico, subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima de semestral, prima de navidad y promedio de recargo mensual** (exp. Administrativo).

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

En este caso se pretende la nulidad del acto administrativo GNR-308729 del 18 de octubre de 2016, y de la Resolución VPB 447449 del 15 de diciembre de 2016, por medio de los cuales se niega la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por demostrado que la señora NILSA LEONILDA CUETO RIVERA, laboró como operaria de servicios generales, recepcionista y auxiliar de consultorio odontológico de la ESE Hospital Montecarmelo de El Carmen de Bolívar, desde el 1 de junio de 1972, hasta el 12 de junio de 2003 (fl. 11); y que, cumplió los 55 años de edad, el 13 de abril de 2007, puesto que su nacimiento se produjo en el año 1952 (fl. 7).

Teniendo en cuenta lo anterior, se destaca que la señora CUETO RIVERA es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100/93, toda vez que para la fecha de entrada en vigencia de ésta norma - 30° de junio de 1995¹³.-, contaba con 43 años de edad y 23 años de servicio¹⁴.

¹³ 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"**

¹⁴ 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 sin son hombres, o quince (15) o más años*

13-001-33-33-004-2017-00180-01

Atendiendo el cumplimiento de estos requisitos, el Instituto de Seguro Social le reconoció una pensión de jubilación a la accionante, mediante Resolución 00002403 del 13 de marzo de 2012, con una mesada equivalente al \$554.186 efectiva a partir del 26 de septiembre de 2007 (fl. 15-17).

De acuerdo con lo expuesto, la accionante reclama la aplicación de la Ley 33/85, 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.

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 hiciere falta para ello.
- ii) O Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión.

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

de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados

13-001-33-33-004-2017-00180-01

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 CUETO RIVERA cumplió el último requisito para acceder a la pensión, el 13 de abril de 2007, (cumplió los 55 años de edad); por lo tanto, a la fecha de entrada en vigencia de Ley 100/93 (1° de junio de 1995), **le faltaban 11 años para adquirir el status pensional**; así las cosas, de acuerdo a las reglas jurisprudenciales antes citadas, su IBL debía ser liquidado con base en los últimos 10 años de servicio.

En el sub examine, el ISS, a través la Resolución 00002403 del 13 de marzo de 2012 (fl. 15-17), determinó que el IBL aplicable a la accionante debía calcularse con base en el artículo 21 de la Ley 100/93, por lo que se fijó con base en 1383 semanas de cotización, equivalentes a 26 años y 10 meses de labor¹⁵. Ahora bien, frente a lo anterior no se emitirá ninguna decisión, puesto que el querer de la accionante era que se le reliquidara su pensión con base en el último año de servicios, y no puede esta Corporación pronunciarse sobre situaciones que no fueron pedidas en la demanda.

Así las cosas, concluye este Tribunal que no le asiste derecho a la demandante 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.

¹⁵ Ver folio 15 y rev, folio 17

13-001-33-33-004-2017-00180-01

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"*

Ahora bien, debe dejarse en claro que en esta oportunidad no se aportó prueba que indicara los factores sobre los cuales la parte accionante había cotizada a pensiones; por el contrario solo se evidencian varios certificados en los cuales se indican los factores devengados por la accionante, desde 1992-2003 así:

- **sueldo básico,**
- subsidio de transporte,
- prima de alimentación,
- **bonificación por servicios**
- **bonificación por antigüedad**
- prima de vacaciones
- prima de semestral,
- prima de navidad
- **promedio de recargo mensual**

Verificada la Resolución 00002403 del 13 de marzo de 2012 (fl. 15-17), encuentra la Sala que en este evento el IBL fue tasado en el valor de \$738.915, sin discriminarse los factores que se tuvieron en cuenta para la liquidación, por lo que no existe certeza de cuales fueron los emolumentos que el ISS tuvo en cuenta para liquidar la pensión de la accionante.

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 la demandante, no es posible concluir que el acto administrativo demandado se encuentre falsamente motivado, por lo que no es posible acceder a las pretensiones señaladas en el recurso de apelación.

13-001-33-33-004-2017-00180-01

En mérito de lo expuesto, esta Corporación procederá a CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

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 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, el 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, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

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

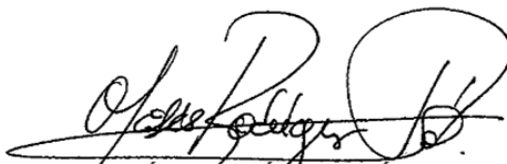
TERCERO: NOVENO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 035 de la fecha.

13-001-33-33-004-2017-00180-01

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2017-00180-01
Demandante	NILSA LEONILDA CUETO RIVERA
Demandado	COLPENSIONES S.A.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ