



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

SENTENCIA No. 105

Bogotá, D.C. diecinueve (19) de agosto dos mil veinte (2020).

Referencia : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -
LESIVIDAD
Tema : PENSIÓN DE VEJEZ COMPARTIDA
Radicación : 2018 - 00158
Demandante : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Demandado : TERESA ALCIRA FERNÁNDEZ SARMIENTO
Asunto : SENTENCIA DE 1ª. INSTANCIA.

ANTECEDENTES

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, actuando mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda tendiente a que se declaren las siguientes:

PRETENSIONES:

*“1. Que se declare la nulidad del Acto Administrativo **GNR 389468 de fecha 26 de diciembre de 2016**, mediante el cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones resolvió recurso de reposición ordenando modificar la No. GNR 382231 del 16 de diciembre de 2016, en el sentido de reliquidar la prestación económica de pensión de vejez de carácter compartida a favor de la señora **FERNÁNDEZ SARMIENTO TERESA ALCIRA**, identificada con CC No. 41.478.832 a partir del 02 de noviembre de 2013, con un valor de mesada inicial de \$2.718.0686, según los parámetros*

normativos señalados en la ley 33 de 1985, liquidación realizada con 1.739 semanas cotizadas, con un ingreso Base de Liquidación de \$3.624.090.00, al cual le fue aplicada una tasa de reemplazo del 75%. Con un retroactivo de \$8.953.294, girado favor (sic) del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, Prestación ingresada en la nómina del período 201701 que se paga en el período 201702

Lo anterior sin tener en cuenta que el reconocimiento pensional se realizó de manera errónea-

2. Con base en lo anterior y a título de restablecimiento del derecho:

2.1. Se ordena la reliquidación de la pensión de vejez de carácter compartida a favor de la señora FERNANDEZ SARMIENTO TERESA ALCIRA, de conformidad con lo ordenado en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

2.2. Se ordene a la señora FERNANDEZ SARMIENTO TERESA ALCIRA, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, la devolución de la diferencia de lo pagado por concepto de pensión compartida reconocida bajo el Decreto 758 de 1990, a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados del acto administrativo **GNR 389468 de fecha 26 de diciembre de 2016**, hasta que se ordene la suspensión provisional o se declare su nulidad y los valores producto del reconocimiento ordenado anteriormente.

3. Las sumas reconocidas a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, deberán ser indexadas o reconocer los intereses a que haya lugar, según el caso, con la finalidad de no causar un detrimento patrimonial a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.”

HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda los hechos que ya quedaron relacionados en el capítulo de la fijación del litigio y que fueron los siguientes:

“1) El Instituto de Seguro Social le reconoció una pensión de vejez a la señora Teresa Alcira Fernández Sarmiento a través de la Resolución No. 028358 del 19 de julio de 2006, efectiva a partir del 1 de agosto de 2006.

2) Posteriormente el Instituto de Seguro Social profirió la Resolución No. 035528 del 10 de agosto de 2007, por la cual desato

una solicitud de pago de retroactivo a la señora Teresa Alcira Fernández Sarmiento.-

3) A través del Acto Administrativo No. 054704 del 16 de noviembre de 2007, modificó la Resolución No. 028358 del 19 de julio de 2006, en el sentido de indicar que la prestación reconocida es concedida a partir del 01 de abril de 2005, en una tasa de reemplazo del 90% de conformidad a lo establecido en el Decreto 758 de 1990.-

4) Mediante Resolución No. GNR 382231 del 16 de diciembre de 2016, negó la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por la señora Teresa Alcira Fernández Sarmiento.-

5) La señora Teresa Alcira Fernández Sarmiento interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. GNR 382231 del 16 de diciembre de 2016, a través del Radicado No. 2016_14655088.-

6) Mediante la Resolución No. GNR 389468 del 26 de diciembre de 2016 - acto acusado - el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones modificó la Resolución No. GNR 382231 del 16 de diciembre de 2016, y reliquidó la pensión de vejez compartida de la señora Teresa Alcira Fernández Sarmiento. (27- 33)

7) Se tendrán en cuenta las demás pruebas aportadas en el proceso-”

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

De rango legal y reglamentario:

Ley 100 de 1993

Ley 1437 de 2011.-

Decreto 758 de 1990

Acuerdo 049 de 1990

Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005

Manifiesta la parte accionante que el acto administrativo acusado reliquidó una pensión de vejez de carácter compartida, bajo la luz de la ley 33 de 1985, pero el sistema por error sumó los IBC de los tiempos de manera simultánea, es decir los tiempos cotizados con entidades públicas y los cotizados al ISS de carácter privado,

debiendo ser lo correcto liquidar la prestación en aplicación a la Ley 33 de 1985 únicamente con los tiempos públicos o bajo el decreto 758 de 1990, siendo esta última la normatividad correcta para el reconocimiento pensional.

Arguye que se le reconoció una mesada pensional a partir del 02 de noviembre de 2013, con un valor de una mesada inicial de \$2.718.068, que actualizada para el año 2017 asciende a la suma de \$3.242.992, superior a lo que en derecho corresponde siendo el valor correcto de la mesada para el año 2017 de \$2.948.734 de conformidad con lo establecido con el Decreto 758 de 1990.

OPOSICIÓN A LA DEMANDA TERESA ALCIRA FERNÁNDEZ SARMIENTO

La parte demandada contestó la demanda dentro del término legal, la cual se encuentra visible a folios 61 a 68 del expediente, en la que se opone a todas las pretensiones de la demanda. Manifiesta que la acción de lesividad procede cuando el acto administrativo ha sido expedido con infracción a las normas en que debería fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

Arguye que el acto acusado no se encuentra con ninguna irregularidad y que además la señora Teresa Fernández cumplió con los presupuestos señalados en la Ley 33 de 1985, por cuanto contaba con 20 años de servicios y 55 años de edad, lo que la hacía acreedora a la pensión, adicionalmente la entidad competente para el reconocimiento era COLPENSIONES y las motivaciones consignadas en el acto administrativo coincidieron con el resuelve que se encontraba acorde con la normatividad en que se fundó.

La parte demandada indicó que el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señaló que el IBL se calcula, con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta a las personas en régimen de transición, para adquirir el derecho o los últimos diez años, 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 expedida por el DANE.

En el mismo sentido explicó que el artículo 20 del Decreto 758 de 199, consagró que la pensión se configuraba con una cuantía base del salario devengado, es decir que también incluía todos los salarios percibidos y no hacía exclusión, sobre si proviene de labores en el sector público o privado.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante providencia del 27 de abril de 2018 (fl. 34), el Despacho admitió la presente demanda formulada por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contra la señora **TERESA ALCIRA FERNÁNDEZ SARMIENTO**, la cual fue notificada personalmente al demandado (fl. 42), y vía correo electrónico a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica y al Ministerio Público. A través de apoderada judicial debidamente constituida, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda (fl. 61-68).

A través de auto calendado el 14 de septiembre de 2018 (fls. 48 a 51), el Despacho negó la medida cautelar de suspensión provisional deprecada por COLPENSIONES.

Con proveído del 16 de noviembre de 2018 (fls. 70 a 71), esta dependencia judicial confirmó la anterior providencia, en virtud del recurso de reposición incoado por el apoderado judicial de la entidad demandante.

Mediante auto de fecha 09 de mayo de 2019, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El día 14 de mayo de 2019, la Juez del Despacho se constituyó en audiencia pública, desarrollando las etapas previstas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., según consta en el Acta No. 086 de 2019¹, en la audiencia se escucharon los alegatos de conclusión de las partes y se les indicó a las partes que la sentencia saldría por escrito de conformidad con lo establecido en el numeral segundo del artículo 182 del CPACA.-

¹ Ver folio 83 a 85 del expediente.

Los alegatos de la parte demandante y demandada quedaron grabados en medio magnético el cual se encuentran visibles a folio 82, ratificándose en lo expuesto en el concepto de violación del medio de control y en la contestación de la demanda.-

El Ministerio Público no se hizo presente a la audiencia inicial.-

CONSIDERACIONES

Se trata de decidir sobre la legalidad de **la Resolución No. GNR 389468 del 26 de diciembre de 2018**, proferida por el Gerente Nacional de reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por medio de la cual se modificó la Resolución No. GNR 382231 del 16 de diciembre de 2016 y reliquido la pensión de vejez compartida de la señora **MARÍA TERESA ALCIRA FERNÁNDEZ.-**

PROBLEMA JURÍDICO

1.- Establecer si el acto administrativo demandado mediante el cual se reliquido la pensión de vejez compartida a la señora TERESA ALCIRA FERNÁNDEZ SARMIENTO, se encuentra ajustado a la Constitución y a la ley.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas y normativas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

MARCO NORMATIVO

NATURALEZA JURÍDICA LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La pensión de jubilación constituye una prestación social que, por regla general, se otorga al beneficiario como consecuencia lógica de haber proporcionado en forma personal, subordinada y remunerada un servicio determinado, producto de una relación laboral. Igualmente, en el transcurso de la vinculación el empleado efectúa aportes a la seguridad social con el fin de proveer por su salud, la de su familia y

por supuesto precaver la ocurrencia de las circunstancias de invalidez, vejez o muerte que le permitan a futuro procurar su subsistencia y la de su núcleo familiar.

Entonces, en lo que atañe a la pensión de jubilación es válido afirmar que la misma no es una dádiva del Estado sino que constituye un salario diferido, un ahorro que hace el trabajador durante su vida laboral para que al llegar a su etapa de vejez pueda ver amparada la disminución que ocasiona esta circunstancia en su capacidad de trabajo.

Continuando con el tema, es necesario determinar las normas que han regulado el derecho a la pensión de jubilación, para luego establecer sin duda alguna, la regulación y efectos jurídicos que deben tenerse en cuenta al momento de definir los problemas jurídicos planteados. Sobre el particular, citamos el precedente contenido en sentencia del Honorable Consejo de Estado en donde hace un recuento normativo en materia de pensiones en el sector oficial.

"El literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 de servicios. A raíz de la expedición de la Ley 6 de 1945 la mayor parte de las Asambleas Departamentales reglamentaron lo referente a las prestaciones sociales de los trabajadores de los respectivos departamentos, fijándose en la mayoría de ellos la edad para adquirir el derecho pensional en 50 años.

Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, varió la edad de jubilación de los varones y la estableció en 55 años, norma que cobijó exclusivamente a los empleados oficiales del orden nacional.

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, que modificó en su parte pertinente el literal b) del art. 17 de la Ley 6 de 1945.

Por mandato del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 se equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación, se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones, bajo el siguiente tenor literal:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, 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.

Parágrafo 2: Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro...”²

El régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993, era el previsto en la Ley 33 de 1985, que en su Art. 1 dispuso:

“Art. 1. 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. (...)

Así mismo, esta norma en sus parágrafos 2 y 3 creó un régimen de transición así:

“Parágrafo 2. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley. (...) (Negrilla fuera de texto)

Antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, la norma aplicable para los empleados públicos de los niveles departamental y municipal era la Ley 6 de 1945, precepto

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “A”
Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN Bogotá D.C. veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007) Radicación número: 15001-23-31-000-2003-00877-01(1562-06) Actor: OLIVERIO ANTONIO CELY MARTÍNEZ Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO EN BOYACÁ.-

que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distingo de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado **20 años de servicio continuo o discontinuo para el Estado**. El requisito de edad para dichos empleados fue modificado, primero, por la Ley 33 de 1985 que lo fijó en 55 años sin importar el sexo, luego por la Ley 71 de 1988 que lo señaló, en caso de tratarse de pensiones por aportes, en 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres; requisito que fue fijado en esos mismos términos en la Ley 100 de 1993 para el régimen solidario de prima media con prestación definida hasta el año 2014, pues a partir del 1 de enero de este año, las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a 57 años si es mujer y 62 si es hombre. El parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales (del orden nacional y territorial) que a la fecha de su promulgación –febrero 13 de 1985- hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales se continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.

Resalta el despacho que la pensión de jubilación por aportes es diferente de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985, pues ésta última supone que se ha trabajado tan sólo en el **sector público**, mientras que aquella acumula el tiempo de servicios con el Estado y con el sector privado, tiempos que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988 –19 de diciembre de 1988- no se podían acumular, dejando desprotegidas a las personas que no cumplían en su integridad los 20 años de servicios al Estado ni tampoco el total de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Al respecto, en sentencia del 18 de marzo de 2010, de la Sección 2 Subsección B, del H. Consejo de Estado, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente radicado No. 15001-23-31-000-2002-02202-01 (2322-08), se explicó:

“Hace notar la Sala que esta pensión de jubilación por aportes es diferente de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985, pues ésta última supone que se ha trabajado tan sólo en el sector público, mientras que aquella acumula el tiempo de servicio con el Estado y con el sector privado, tiempos que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 71 de 1988 -18 de diciembre de 1988- no se podían acumular, dejando

desprotegidas a las personas que no cumplían en su integridad los 20 años de servicios al Estado ni tampoco el total de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Es por ello, que a partir de la Ley 71 de 1988 resulta posible acumular los tiempos de servicios cotizados en el sector público y privado para tener derecho a una pensión, siempre y cuando, cumpla con los demás requisitos establecidos en la referida ley.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los afiliados al Sistema General de Pensiones tienen derecho a la pensión de vejez cuando cumplan los requisitos previstos en el artículo 33, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 con independencia del sector en que se efectúen las cotizaciones, salvo que la persona sea beneficiaria del régimen de transición, como en el caso en autos, evento en el cual la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión se rige por la Ley 71 de 1988”

Ahora bien respecto a la figura de la compartibilidad pensional fue establecida por primera vez en el artículo 60 del Decreto 3041 del 19 de diciembre de 1966, el cual consagraba que “(...) Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. **Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y este estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir 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 le venía siendo pagada por el patrono (...)**”³.

Esta figura, inicialmente, sólo se aplicaba para las pensiones reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, el Acuerdo 29 de 1985, aprobado por el Decreto

³ Negrillas fuera de texto.

2879 de ese mismo año⁴, hizo extensiva la compartibilidad a las pensiones reconocidas por los empleadores con base en convenciones colectivas, laudos arbitrales o de forma voluntaria. Asimismo, la comparabilidad no era un fenómeno único del sector privado, pues como lo ha puesto de presente el Consejo de Estado, la “(...) *pensión compartida se ha dado también de manera excepcional en el régimen de los empleados públicos, cuando la entidad ha afiliado a sus servidores al Instituto de Seguros Sociales, como ha sucedido en el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA (...)*”⁵.

El referido Decreto 2879 de 1985 fue modificado por el Decreto 758 de 1990, mediante el cual se aprobó el Acuerdo 49 de ese mismo año. En el artículo 18 de este último decreto se estableció lo siguiente respecto a la compartibilidad pensional:

“(...)

ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos 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 venía cancelando al pensionado.*

PARÁGRAFO. *Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.(...)” – Negrilla fuera de texto -*

⁴ Decreto 2879 de 1985, artículo 5.º. «Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos 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 venía siendo pagada por el patrono. La obligación de seguir cotizando al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales».

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, auto del 24 de octubre de 2018, rad. 54001-23-33-000-2015-00026-01(0716-16), Cp. William Hernández Gómez.

Frente a la compartibilidad pensional, la Corte Constitucional ha señalado⁶:

“(...)

*La norma citada regula la situación en la cual a un trabajador que recibe una pensión extralegal (concedida con posterioridad al 17 de octubre de 1985 como en el presente caso), le es reconocida una legal por parte del Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES). La consecuencia que la norma le asigna a esta situación, es que **desde el momento en que COLPENSIONES reconoce una pensión legal, como lo es la de jubilación o de vejez, el empleador se subroga en su obligación de pagar la extralegal. Es decir, solo queda a su cargo únicamente la diferencia entre la extralegal y la legal, cuando la primera es de mayor valor. En el caso en que la legal sea mayor a la extralegal, el empleador quedará relevado totalmente de su obligación por lo que no quedaría a su cargo ningún valor.***

*Como lo recordó la **sentencia T-042 de 2016**⁷, se trata de una subrogación en la que el empleador, como deudor de la pensión de jubilación, es reemplazado en su obligación de pagar las mesadas por COLPENSIONES, quien será el nuevo deudor, pero solo de los valores reconocidos por concepto de la de vejez con arreglo a la Ley. Se habla entonces de compartibilidad porque entre el empleador y la administradora de pensiones, comparten el pago de la pensión del trabajador; lo que se diferencia de la figura de la compatibilidad pensional, incorporada también por el Decreto en mención, donde un trabajador está legitimado a recibir dos mesadas pensionales de distinta fuente. (...)” – Negritas y subrayas fuera de texto -*

De acuerdo con la anterior reseña normativa y jurisprudencial, se puede colegir lo siguiente respecto a la compartibilidad pensional:

Su finalidad era que el empleador que reconociera a un trabajador una **pensión de jubilación**, ora de origen convencional, de un pacto colectivo o voluntaria, como sucedía en el sector privado, ora porque cumplía los requisitos establecidos en la ley para acceder a dicha prestación y no se le había afiliado a fondo pensional alguno, como ocurría en el sector público, debía continuar realizando cotizaciones al ISS para los seguros de vejez, invalidez y muerte, a nombre de este, hasta que cumpliera los requisitos legales para acceder a la **pensión de vejez**.

⁶ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-385 del 22 de julio de 2016, Mp. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-042 de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Una vez reconocida la **pensión de vejez** por parte del I.S.S. (hoy COLPENSIONES), la cual se estructuraba únicamente con los aportes realizados por el empleador en nombre del empleado pensionado, ese empleador quedaba subrogado en su obligación pensional por el I.S.S., a menos de que la **pensión de jubilación** pagada por el empleador fuese superior a la **pensión de vejez**. En ese caso, el mayor valor resultante entre la pensión de **jubilación** y la de **vejez**, sería reconocido por el empleador, es decir, que “(...) el empleador sólo deberá concurrir al mayor valor, si a ello hubiere lugar (...)”⁸.

Resulta importante mencionar que cuando el artículo 18 del Acuerdo 49 de 1990 establece que el mayor valor deberá ser subvencionado por el empleador, se refiere a la diferencia resultante entre la cuantía de la pensión de jubilación pagada por el empleador en relación con el monto de la pensión de vejez reconocida por el I.S.S., y no al revés, pues mientras que aquella fue reconocida por el empleador cuando se presentaron ciertas circunstancias (supra), esta última está constituida únicamente por los aportes que se realizaron por parte del empleador pensionante al I.S.S.; de ahí que su cuantía se establezca de acuerdo a lo preceptuado en las normas que rigen el sistema general de seguridad social en pensión, sin ninguna otra condición especial. De hecho, si la pensión de vejez es superior a la de jubilación, no se habla de la existencia de un mayor valor sino de la subrogación total de la obligación pensional por parte del empleador.

NORMATIVIDAD APLICABLE PARA RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN PENSIONAL DE LOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993

De conformidad con los supuestos fácticos ya señalados, es un hecho cierto que el demandado se encuentra cobijado por los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁹.

Sin embargo, surgió un problema interpretativo derivado de la aplicación del artículo 36, y era establecer el alcance del mismo en cuanto al ingreso base de liquidación, concretamente respecto del concepto “monto”, que por su polisemia, admite por lo

⁸ Consejo de Estado, auto del 24 de octubre de 2018, Op. Cit.

⁹ artículo 36 de la Ley 100 de 1993

menos dos acepciones jurídicamente relevantes, que han sido identificadas por la jurisprudencia constitucional¹⁰:

1. El monto **comprende el Ingreso Base de Liquidación y el porcentaje o tasa de reemplazo**, porque en virtud del principio de inescindibilidad, se debe aplicar la norma anterior de manera integral, sin que pueda liquidarse la pensión aplicando edad, tiempo de servicio y monto (porcentaje) del régimen anterior; pero con el IBL del nuevo régimen.
2. Monto es **el porcentaje** (tasa de reemplazo) que se aplica al ingreso base de liquidación (IBL) para obtener el valor de la mesada pensional. En este sentido el régimen de transición contempla únicamente el monto (como porcentaje) y en consecuencia, el IBL se rige por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

La primera tesis ha sido sostenida por el H. Consejo de Estado¹¹, señalando que en virtud de los principios de inescindibilidad normativa y favorabilidad en materia pensional, el régimen de transición otorga el derecho al reconocimiento y liquidación de la pensión aplicando en su integridad la normatividad anterior; esto es, para lo que aquí interesa, que respecto del monto, para su obtención debe calcularse el ingreso base de liquidación y el porcentaje o tasa de reemplazo con las disposiciones anteriores.

Esta posición también fue la sostenida por la H. Corte Constitucional, que en varias oportunidades precisó que no era posible integrar el régimen de transición tomando

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional sentencia T-078 de 2014:

“4.3.2. Cabe destacar que, en lo relacionado con el concepto monto se presentan dos acepciones, una en el marco de los regímenes especiales y, otra como beneficio del régimen de transición. En cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100/93 (...)

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08). Actor: TERESA ROBLES Demandado: CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA - CAPRESUB

algunos elementos de la normatividad anterior; pero aplicando simultáneamente las nuevas disposiciones para efectos de calcular el ingreso base de liquidación, pues esto vulneraría el principio de inescindibilidad y además podría ir en detrimento de los derechos de los beneficiarios del régimen de transición:

“...Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado que cuando se trata de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, el concepto de monto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, ya que resultaría quebrantado el principio de inescindibilidad de la norma si se liquidara el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Precepto este que solo resultaría aplicable en el evento en que el régimen especial hubiese omitido fijar el método de encontrar la base reguladora¹².”

Por su parte, la H. Corte Suprema de Justicia, en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en múltiples pronunciamientos en sede de casación, ha venido sosteniendo un criterio diametralmente opuesto, es decir el referido en la segunda acepción *ut supra*; de acuerdo con el cual la interpretación del concepto monto en el régimen de transición, se refiere exclusivamente al porcentaje o tasa de reemplazo; pero que el cálculo del ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición y por lo tanto se rige por la nueva normatividad:

“Este régimen –la transición- solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho, por el inciso 3 del artículo 36 citado¹³.”

No obstante, ante la disparidad de criterios de interpretación sobre el concepto monto y su alcance frente al régimen de transición, la Corte Constitucional, se pronunció inicialmente en la sentencia C-258 de 2013; luego en la sentencia T-078

¹² Sentencia T-386 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. También sobre el mismo tema la sentencia SU 130 de 2013 proferida por la H Corte Constitucional

¹³Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 16 de diciembre de 2009 Radicación Núm. 34863.

de 2014 y en la sentencia SU-230 de 2015, precisando que independientemente del régimen pensional al que se pertenezca, el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición y por lo tanto éste únicamente incluye el porcentaje o tasa de retorno, pero aplicada al cálculo del IBL establecido en las nuevas disposiciones:

*“3.2.2.2. Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013¹⁴ se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que **el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.***

3.2.2.3. En este sentido, en la Sentencia T-078 de 2014¹⁵ se denegó el amparo al debido proceso invocado por un ciudadano, quien alegaba dicha vulneración, aduciendo que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Caprecom habían desconocido el régimen especial que lo cobijaba porque su pensión se liquidó con base en el promedio de lo devengado en los diez últimos años y no en el último año como lo establecía la normativa derogada a la cual se encontraba sujeto para efectos del reconocimiento de su prestación económica.

*Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013¹⁶ estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, **pero no al IBL.***

*Por eso, concluyó, existe un precedente a seguir en la materia, en particular cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial que invoca el actor y **el alcance que la Corte le otorgó al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 en el sentido de que el IBL no forma parte de este.**”¹⁷*
(Énfasis fuera del texto original).

¹⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁵ M.P. Mauricio González Cuervo

¹⁶ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional Sentencia SU-230 de 2015

Se precisa además que en el Auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Corte Constitucional, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser el estipulado en la legislación anterior, en razón a que el **régimen de transición sólo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación**, señalando también que los criterios interpretativos allí establecidos constituyen un precedente de obligatorio cumplimiento:

*“... el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, **constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna.**” (Destacado del despacho)*

En este orden de ideas, se tiene que la Sala Plena de la H Corte Constitucional en Sentencia de Unificación No SU - 230 de 2015, estudió los conceptos de precedente y jurisprudencia en vigor¹⁸, destacando que **el precedente**, a diferencia de un antecedente, no es orientador sino **de obligatorio cumplimiento** más tratándose de las sentencias emanadas por la Corte Constitucional, máximo órgano vigilante de la Constitución Política.

Ahora bien, el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, en sentencia reciente¹⁹, unificó su posición respecto del régimen de transición de la ley 100 de 1993, particularmente en lo que se refiere a los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar el Ingreso Base de Liquidación, manifestando lo siguiente:

“84. Planteadas así las tesis sobre el IBL aplicable en el régimen de transición, la Sala advierte que el aspecto que ha suscitado

¹⁸ Frente al concepto de la jurisprudencia en vigor destaca que se constituye en un conjunto de sentencias que comparten una misma interpretación judicial sobre una norma o principio que se aplica a unos hechos similares y que resuelve un problema jurídico igual. Este concepto adquiere importancia por las sentencias emitidas por las Salas de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, las cuales deben seguir, principalmente los parámetros establecidos por la Sala Plena, pero cuando no los hay, deben obedecer a los criterios que están vigentes por las otras Salas respecto al tema que se estudia, esto es, la jurisprudencia en vigor.

¹⁹ Sentencia de Unificación Consejo de estado – Sala Plena de lo contencioso administrativo del 28 de agosto de 2008 Expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01

*controversia es el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el **último año de servicio**”, mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece 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 hiciera 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. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.*

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas²⁰.

88. Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas

²⁰ En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir tal derecho y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.

89. Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular. Es importante precisar que un cambio en el sistema de pensiones necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo de tiempo.

90. En el caso de la Ley 100 de 1993, el legislador quiso conciliar la finalidad que motivó la reforma, con la protección frente al impacto que el tránsito legislativo iba a generar, estableciendo un régimen de transición especial para el grupo de personas a las que ya se ha hecho referencia; régimen distinto tanto del anterior como del nuevo, con unas reglas que conservaban los requisitos del régimen anterior, pero con un elemento particular, concretamente, el periodo que se iría a tener en cuenta para fijar el monto de la mesada pensional; periodo que no es otro que el previsto en el inciso 3 del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993²¹, así:

- *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.*

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas

²¹ Aplicable en virtud del inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone que 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.

beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.”

En virtud de lo anterior, es claro para el Despacho que para la liquidación pensional de aquellos beneficiarios del régimen de transición - artículo 36 de la Ley 100 de 1993 -, se deberán aplicar los requisitos de la edad, el monto²² (como porcentaje o tasa de reemplazo) y el tiempo de servicio o semanas de cotización establecidos en la ley anterior, es decir la ley 33 y 62 de 1985; y que **para el cálculo del Ingreso Base de liquidación, deberá aplicarse lo establecido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.-**

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Debe recordarse que el legislador de 1993, señaló en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100²³ la forma de calcular el IBL para las personas beneficiarias del régimen de transición; ahora bien, en punto a determinar los factores que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, el Decreto 691 de 1994 fijó la base de cotización a los regímenes pensionales de los trabajadores del sector público, y poco tiempo después fue modificado por el Decreto 1158 de 1994. Estos Decretos consideran como factores salariales para efectos de cotizar o liquidar las

²² La sentencia T-078 de 2014 precisa que en lo relacionado con el concepto *monto* se presentan dos acepciones, una en el marco de los regímenes especiales y, otra como *beneficio del régimen de transición*. En cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el **porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación** del respectivo régimen; y la segunda como un **privilegio legal** para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100/93.

²³ “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [beneficiarios del régimen de transición] 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”.

pensiones, entre otros, las asignaciones básicas mensuales y los gastos de representación. No se incluyen como tales otros factores como: el sueldo de vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, prima de servicios y prima de navidad; y a esa exclusión debe sujetarse el juez de conocimiento, por las razones que antes se expusieron.

En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el Consejo de estado fijó unas subreglas jurisprudenciales relativas al IBL en el régimen de transición, así:

“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:*

- *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.***

(...)

*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.

*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.” (Negrillas y subrayas del despacho)*

CASO CONCRETO

Revisada la foliatura se advierte que se encuentran probados los siguientes supuestos de hecho relevantes para la decisión a tomar:

La demandada señora TERESA ALCIRA FERNÁNDEZ SARMIENTO, presto los siguientes servicios:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD
INST DE MERC AGROP IDEMA	19710816	19720731	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19720801	19740930	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19741001	19750630	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19750701	19760831	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19760901	19780630	TIEMPO DE SERVICIO

INST DE MERC AGROP IDEMA	19780701	19790731	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19790801	19800930	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19801001	19810831	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19810901	19820831	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19820901	19830831	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19841001	19850630	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19850701	19860731	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19860801	19870531	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19870601	19880531	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19880601	19890430	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19890501	19900630	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19900701	19910531	TIEMPO DE SERVICIO
INST DE MERC AGROP IDEMA	19910601	19920315	TIEMPO DE SERVICIO
7 6 5 4 3 2 1 IDEMA	19920316	19930331	TIEMPO DE SERVICIO
PROD TECINE LTDA TVC	19920819	19920930	TIEMPO DE SERVICIO
PROD TECINE LTDA TVC	19921001	19930630	TIEMPO DE SERVICIO
7 6 5 4 3 2 1 IDEMA	19930401	19940824	TIEMPO DE SERVICIO
PROD TECINE LTDA TVC	19930701	19940228	TIEMPO DE SERVICIO
PROD TECINE LTDA TVC	19940301	19941231	TIEMPO DE SERVICIO
7 6 5 4 3 2 1 IDEMA	19940825	19941231	TIEMPO DE SERVICIO
IDEMA	19950101	19971104	TIEMPO DE SERVICIO
ASOCIACION COLOMBIANA PARA EL	19961001	19961231	TIEMPO DE SERVICIO

MIN AGRICULTURA	19980101	19981231	TIEMPO DE SERVICIO
MALOKA	19980601	19990916	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	19990101	19990131	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	19990201	19991029	TIEMPO DE SERVICIO
MALOKA	19991001	20030429	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	19991101	19991129	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	19991201	19991229	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20000101	20000129	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20000201	20000329	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20000401	20000429	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20000501	20000529	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20000601	20000629	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20000701	20000729	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20000801	20000829	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20000901	20010228	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20010301	20010329	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20010401	20010429	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20010501	20010529	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20010601	20010629	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20010701	20010729	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20010801	20010829	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20010901	20010929	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20011001	20011029	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20011101	20011129	TIEMPO DE SERVICIO

MIN AGRICULTURA	20011201	20011229	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20020101	20020129	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20020101	20020228	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20020301	20020329	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20020401	20020429	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20020501	20020529	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20020601	20020629	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20020701	20020729	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20020801	20020829	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20020901	20020929	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20021001	20021029	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20021101	20021129	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20021201	20021229	TIEMPO DE SERVICIO
MIN AGRICULTURA	20030101	20050401	TIEMPO DE SERVICIO
MALOKA	20030501	20050401	TIEMPO DE SERVICIO
MALOKA	20041101	20041231	TIEMPO DE SERVICIO
MALOKA	20050201	20050331	TIEMPO DE SERVICIO

Que de acuerdo con la anterior información se tiene que la señora TERESA ALCIRA FERNÁNDEZ SARMIENTO, acreditó un total de 12.174 días correspondientes a 1739 semanas, que nació el 08 de febrero de 1950.-

Por lo anterior, el Instituto de Seguros Sociales - ISS - hoy Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, mediante Resolución No. 028358 del 19 de julio de 2006, le reconoció su pensión de vejez, a la señora Fernández Sarmiento a partir del 01 de agosto de 2006.-

Posteriormente mediante Resolución No. 035528 del 10 de agosto de 2007, se desato una solicitud de pago retroactivo, en el que se confirmó la decisión tomada en la resolución de reconocimiento pensional.-

La entidad accionante a través del Acto Administrativo No. 054704 del 16 de noviembre de 2007, resolvió un recurso de reposición en el que ordenó modificar la Resolución No. 028358 del 19 de julio de 2006, en el sentido de causar la prestación concedida a partir del 01 de abril de 2005, teniendo en cuenta en total de semanas de 1718 a las que se le aplicó una tasa de reemplazo del 90% de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990.

Consecutivamente, la parte accionada presentó solicitud de reliquidación pensional, la cual fue negada a través de la Resolución No. GNR 382231 del 16 de diciembre de 2016 y el apoderado de la señora Fernández Sarmiento interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión el 20 de diciembre de 2016, radicado con el No. 2016_14655088.-

Finalmente el Gerente Nacional de Reconocimiento de COLPENSIONES profirió la Resolución GNR 389468 del 26 de diciembre de 2016, en la cual se modificó la Resolución No. GNR 382231 del 16 de diciembre de 2016, en la que se indicó que la demandada es beneficiario del régimen de transición y tiene derecho a que su pensión sea reconocida en observancia al régimen que más le sea favorable, pero que la liquidación de la prestación reconocida se liquidara dando aplicación a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse y que los únicos factores que se deberán tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones, también le indicaron que el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo de servicio.-

En la resolución antes mencionada el Gerente Nacional de Reconocimiento de COLPENSIONES continuó indicándole al demandado que: *“se procedió a llevar a cabo la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta los IBC reportados en los últimos 10 años, de acuerdo a la posición adoptada por la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios, mediante la circular 16 de 2015”*, en concordancia por lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013.

Entonces, advierte el Despacho que la entidad demandada, al reliquidar la pensión de vejez de la accionada, tuvo en cuenta el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, aplicando lo dispuesto, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo del 75%, en la ley 33 de 1985 y los factores salariales que tuvo en cuenta al momento de determinar el Ingreso Base de Liquidación fueron los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, por cuanto esta resultaba ser más favorable y beneficiosa a los intereses de la pensionada, ya que si se le aplicaba el Decreto 758 de 1990, el cual permitía liquidar la pensión con una tasa de reemplazo del 90%, se generaba un valor de la pensión inferior al que arroja el estudio realizado con la Ley 33 de 1985. Lo mismo se advierte en la motivación de los actos acusados, razón por la cual y de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, no hay lugar a que el reconocimiento pensional hecho a la señora TERESA ALCIRA FERNÁNDEZ SARMIENTO sea modificado por encontrarse ajustado a derecho.

Así las cosas, no se logra desvirtuar la presunción de ilegalidad la Resolución No. GNR 389468 del 26 de diciembre de 2016, mediante la cuales la parte demandante reliquido la pensión de la señora TERESA ALCIRA FERNÁNDEZ SARMIENTO.

En consecuencia, se resuelve el *problema jurídico*, indicando que se negarán las súplicas de la demanda como quiera que la Resolución No. GNR 389468 del 26 de diciembre de 2016, es válida en todas y cada una de sus partes.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, los alegatos de las partes, como se hizo, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de esta. El H. Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si

*la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas*²⁴ y en vigencia de la Ley 1437/2011 ha reiterado²⁵, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “*En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.*” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C. G. del P., dan lugar a las costas.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Se niegan las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No se condena en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hechas las anotaciones de ley y la liquidación del proceso, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA TERESA LEYES BONILLA
JUEZ

Firmado Por:

²⁴ Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C- Sria. EDUCACIÓN.

²⁵ Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

MARIA TERESA LEYES BONILLA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 023 ADMINISTRATIVO-SECCION 2 DEL CIRCUITO DE BOGOTA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

3d53127a44c0f715b85a41800e3145d2cb32bd380f5962bca164fc4dc7f0ce3b

Documento generado en 18/08/2020 09:31:41 p.m.