



Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja,

Radicación: **15001-3333-010-2017-00085-00**
Demandante: **ELSA ÁLVAREZ GAMBA**
Demandado: **COLPENSIONES**
Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Procede el Juzgado a emitir la sentencia correspondiente en el presente asunto, conforme a los siguientes

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda

1.1.- Hechos relevantes

- a. La señora Elsa Álvarez Gamba nació el 1 de agosto de 1951.
- b. Laboró al servicio del departamento de Boyacá desde el 3 de marzo de 1981 al 30 de junio de 1982 y del 6 de octubre de 1983 al 31 de mayo de 1984, para un total de 101.8 semanas, generando cotización a pensiones a la Caja de Previsión Social del departamento de Boyacá.
- c. A partir del 8 de abril de 1986 y hasta el 31 de marzo de 2012, las cotizaciones se generaron con destino al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES, para un total de 1.089 semanas.
- d. La demandante cotizó al sistema general de seguridad social en pensiones en el régimen de prima media con prestación definida y como empleada pública por un total de 21 años, 2 meses y 3 días.
- e. Mediante Resolución 017944 de 26 de mayo de 2011 el ISS reconoció a la actora pensión de vejez, aplicando parcialmente el Decreto 759 de 1990, calculando el monto de la pensión en un 69% sobre el ingreso base de liquidación, dando como resultado de la mesada \$1.082.940, para el 1 de junio de 2011, dejando en suspenso la inclusión a la nómina de pensionados condicionado al retiro del servicio.
- f. El municipio de Tunja, mediante Decreto 122 de 28 de marzo de 2012, aceptó la renuncia presentada por la señora Elsa Álvarez Gamba, a partir del 1 de abril de 2012.
- g. A través de Resolución GNR 054180 de 5 de abril de 2013, COLPENSIONES determinó la inclusión en nómina de la demandante, y calcula el monto de la pensión en 63% sobre el IBL, fijando la cuantía de la mesada en \$1.042.426 para el 12 de febrero de 2013.

- h. Mediante Resolución GNR 128787 de 13 de junio de 2013 se desató el recurso de reposición contra la indicada en el literal anterior, modificando el monto a un 72%, y a su vez el valor de la mesada en \$1.245.182 para el 12 de febrero de 2013.
- i. El recurso de apelación contra la Resolución GNR 054180 de 5 de abril de 2013, fue decidido a través de Resolución VPB 5257 de 11 de abril de 2014, modificando el monto al 75% del IBL, quedando en \$1.256.666.
- j. La señora Elsa Álvarez Gamba solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión, mediante escrito de 1 de julio de 2014, conforme la Ley 33 de 1985 y lo devengado en el último año de prestación de servicios.
- k. Frente a la anterior petición, COLPENSIONES, mediante Resolución GNR 1965 de 6 de enero 2015, resolvió la petición de la accionante y ordenó reliquidar la pensión con el 75%, con fundamento en la Ley 71 de 1988. Contra esta decisión se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación, que fueron desatados a través de las Resoluciones GNR 273774 de 7 de septiembre de 2015 y VPB 168 de 5 de enero de 2016, respectivamente, confirmando la decisión recurrida.
- l. El 20 de mayo de 2016, se celebró ante la procuraduría 121 Judicial II para Asuntos Administrativos.

1.2.- Pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, solicitó:

- a. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:
 - Resolución GNR 1965 de 6 de enero de 2015
 - Resolución GNR 273774 de 7 de septiembre de 2015, que confirmó la anterior resolución.
 - Resolución VPB 168 de 5 de enero de 2016, que resolvió el recurso de apelación en contra de la resolución GNR 1965, confirmándola en todas sus partes.
- b. Declarar que la señora Elsa Álvarez Gamba es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por ende de la Ley 33 de 1985.

De forma subsidiaria a la anterior, declarar que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, concretado en lo establecido en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, por medio del cual se aprobó el Acuerdo 048 de 1990.

- c. Declarar que la señora Álvarez Gamba adquirió su estatus de pensionada el 10 de febrero de 2011, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- d. Declarar que la demandante tiene derecho a un monto de su pensión en cuantía del 75% respecto de lo percibido durante el último año de prestación de servicios, esto es, entre el 1 de abril de 2011 y el 31 de marzo de 2012.

De forma subsidiaria a la anterior pretensión, declarar que la accionante tiene derecho a una pensión de jubilación en cuantía del 78% aplicable al IBL que se determina multiplicando por el factor base 4.33 de la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los que cotizó en las últimas 100 semanas, es decir, entre el 1 de abril de 2011 y el 31 de marzo de 2012.

- e. Declara que la demandante es beneficiaria de la mesada 14, conforme el artículo 50 y 142 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ordenar a título de restablecimiento la reliquidación y reajuste de su pensión de jubilación en monto del 75% del salario percibido durante el último año de prestación de servicios en calidad de servidora pública del municipio de Tunja; la cancelación de los valores correspondientes a la mesada 14 desde el 1 de abril de 2012; el reconocimiento de los intereses moratorios a la tasa máxima para el momento en el que se efectúe el pago respecto de las diferencias de las mesadas.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación.

1.3.1.- Se indica en la demanda que se presenta vulneración de la Constitución Política en los artículos 1, 2, 4, 6, 48, 53, 58, 121, 122, 123 y 209, por las siguientes razones:

Se desconocen los principios de universalidad, favorabilidad y supremacía de la Constitución, en los que deben fundarse las decisiones públicas, y en suma los parámetros de liquidación y pago del derecho prestacional a favor de la demandante bajo parámetros de favorabilidad en calidad de beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 33 de 1985 de forma íntegra o en su defecto del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y en atención al ingreso base de liquidación lo devengado por concepto de salario en el último año de prestación de servicios.

En el mismo sentido, se desconocieron los fines del Estado al omitir reconocer factores salariales en la pensión de jubilación de la accionante, negando así la reliquidación de su mesada.

De otra parte, señala que parece que los actos demandados aplicaran el Acuerdo 049 de 1990, pero toma en el IBL solamente la asignación básica devengada por la demandante, aplicándole el 75%, debiendo emplear el 78% en atención al número de semanas cotizadas, dejando de lado los demás factores salariales percibidos en las últimas 100 semanas. Ello es así porque el IBL que se determina multiplicando por el factor base 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas 100 semanas.

1.3.2.- Considera que los actos administrativos demandados son inválidos por infracción a las normas en las que debían fundarse, si se tiene en cuenta que adolecen de falsa motivación, pues como se dijo, toman para la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Elsa Álvarez solo la asignación básica, ignorando la voluntad del legislador, desconociendo que el IBL está conformado por todos los factores percibidos.

2.- Contestación de la demanda

2.1.- Colpensiones, mediante escrito presentado el 17 de noviembre de 2016 (fls. 162 a 179), se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

En los actos acusados se efectuó el estudio de la pensión de la accionante conforme al Decreto 758 de 1990 y la Ley 71 de 1988, dando aplicación a esta última norma por ser más favorable a la trabajadora, dado que arroja un IBL más alto que el calculado con el Decreto en mención. La prestación fue liquidada teniendo en cuenta los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con los factores salariales, se tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-258 de 2013, ratificado en la SU-230 de 2015 y adoptado por Colpensiones mediante circulares 4 y 6 de 2013 y 16 de 2015, postura que va en pro del principio del equilibrio del sistema y de los demás principios generales de la seguridad social establecidos en el artículo 48 de la Constitución.

Además, el régimen de transición contempla respecto del régimen anterior solo la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, pues el legislador no incluyó

la fórmula para calcular el IBL ni la inclusión de todos los factores salariales, por lo que las resoluciones acusadas no están viciadas de falsa motivación.

De otra parte, aclara que la accionante devenga la mesada 14, pues adquirió su estatus de pensionada el 27 de noviembre de 2010, tal como consta en los actos administrativos demandados (Res. GNR 1965 de 6 de enero de 2015).

En lo referente a los factores salariales, se tuvieron en cuenta las cotizaciones efectivamente realizadas y reportadas como IBC y la señora Elsa Álvarez Gamba no logró acreditar los factores salariales que solicita se incluyan pues no se aportaron las certificaciones CLEPB Formato N° 3 (B) salarios mes a mes que fueran expedidas por el empleador, teniendo en cuenta que esas certificaciones representan el único medio probatorio idóneo para certificar la calidad y los tiempos laborados como empleado público para el reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 13 de 2001.

Finalmente, sobre la pretensión de intereses moratorios, indicó que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señala que el reconocimiento de los mismos procede como consecuencia de la mora en el pago de las mesadas pensionales, siendo necesario para su procedencia que la mora se presente cuando el derecho ha sido reconocido, es decir, a partir de la expedición del acto administrativo, lo que no se da en el presente evento pues a la demandante se le han venido pagando de forma periódica las mesadas legalmente reconocidas.

2.2.- Propuso como excepciones previas la de *“falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario numeral 9 artículo 100 del CG.P.”*, que fue resuelta de forma negativa por el Despacho en la audiencia inicial llevada a cabo el 31 de mayo de 2018.

Como excepciones de mérito propuso las siguientes:

- Inexistencia del derecho y la obligación.
- Improcedencia de la indexación.
- Improcedencia de los intereses moratorios.
- Cobro de lo no debido.
- Buena fe de Colpensiones.
- Compensación o deducción de pagos realizados.
- Innominada o genérica.
- Prescripción.

Tal como quedó sentado en la audiencia inicial en comento, las anteriores excepciones constituyen argumentos de defensa que deben ser resueltas en la sentencia; lo mismo ocurre con la de PRESCRIPCIÓN, pues a pesar de tener auténtico carácter de excepción, está sujeta a la prosperidad del derecho reclamado, lo cual desde luego es del resorte de la decisión de instancia.

3.- Alegatos de conclusión

La parte actora, mediante escrito de 17 de agosto de 2018 (fls. 242 a 245), presentó alegatos de conclusión señalando, en resumen, lo siguiente:

La sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013, tuvo como finalidad definir la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 y respecto del que se destaca que los efectos son restringidos al régimen pensional de los congresistas y asimilados a este, por tratarse de un régimen privilegiado; así se indicó en esa oportunidad al señalar que *la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos son tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición si no el régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.*

La Corte Constitucional en sentencia C-596 de 1997, señaló respecto del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 que *por lo tanto, estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rige por la nueva ley (la Ley 100 de 1993), sino por las condiciones que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley.*

La misma Corporación, mediante sentencia T-158 de 2006, señaló que *en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen especial y la excepción no aplica, salvo que el régimen especial no determine la fórmula para calcular el ingreso base*, advirtiendo con ello la importancia del principio de inescindibilidad de la norma.

4.- Trámite

La demanda fue radicada el 29 de julio de 2016, correspondiendo por reparto al despacho 02 del Tribunal Administrativo de Boyacá (fl. 130), corporación que mediante proveído de 2 de febrero de 2017 inadmitió la demanda (fl. 132). Luego, a través de auto de 23 de mayo de 2017 (fl. 138) se declaró incompetente y ordenó remitir el expediente a los juzgados administrativos de Tunja.

De acuerdo con el acta de radicación de 9 de junio de 2017, obrante en folio 142, correspondió a este Despacho el conocimiento del proceso de la referencia, disponiendo sobre su admisión mediante providencia de 17 de julio de 2017 (fl. 144).

De acuerdo con la constancia secretarial de 18 de octubre de 2017 (fl. 150) empezaron a correr los términos dispuesto en el artículo 199 del C.P.A.C.A., venciendo el término para contestar la demanda el 29 de enero de 2018, oportunidad dentro de la cual la parte accionada contestó, como quedó registrado en precedencia. Surtido el traslado secretarial de las excepciones propuestas (fl. 191), término en el cual la parte actora se pronunció (fls. 192 y 193).

Por auto de 18 de abril de 2018 (fl. 195) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, la que se realizó el 31 de mayo del mismo año (fls. 198 a 200), en la que se resolvieron excepciones previas, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación, se decretaron pruebas y se fijó fecha para su recaudo en audiencia.

La audiencia de pruebas se realizó el 10 de julio de 2018 (fls. 231 y 232); en ella se recaudaron las pruebas decretadas y se requirió una de las pruebas faltantes. La continuación de esta se llevó a cabo el 10 de agosto de 2018 (fl. 240), recolectando la prueba faltante, momento en el cual se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión, oportunidad en la cual solo se pronunció la parte demandante.

II.- CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico

En concordancia con la fijación del litigio planteada en la audiencia inicial, corresponde establecer si COLPENSIONES debe reliquidar la pensión de vejez de la señora ELSA ÁLVAREZ GAMBA, aplicando la Ley 33 de 1985 por disposición del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en virtud del mismo régimen pero en aplicación del Decreto 758 de 1990 (solicitud subsidiaria) y de forma consecuencial generando el pago de diferencias prestacionales.

5.2. Relación de las pruebas relevantes

En este acápite se relacionan las pruebas aportadas, decretadas y recaudadas relevantes en el trámite del proceso.

Pruebas aportadas con la demanda:

- a. Copia de la Resolución N° 17944 de 26 de mayo de 2011 (fls. 30 a 33) a través de la cual el ISS reconoció pensión de vejez a la señora Elsa Álvarez Gamba a partir del 1 de junio de 2011 por valor de \$1.082.940, en aplicación del 69% con base en 913 semanas cotizadas. En esa resolución se dejó en suspenso el ingreso a nómina hasta el retiro del servicio.
- b. Copia de la Resolución GNR 054180 de 5 de abril de 2013, por medio de la cual COLPENSIONES reconoció a la demandante una pensión de vejez, teniendo en cuenta 803 semanas y un porcentaje del 63%, para una mesada de \$1.042.426, a partir del 12 de febrero de 2013 (fls. 34 a 36).
- c. Copia de la Resolución GNR 128787 de 13 de junio de 2013, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución GNR 054180 de 5 de abril de 2013, modificándola en cuanto al porcentaje del IBL de un 63% a un 72% sobre 1.072 semanas, para una mesada de \$1.245.182 a partir del 12 de febrero de 2013 (fls. 37 a 40).
- d. Copia de la Resolución VPB 5275 de 11 de abril de 2014, por medio de la cual COLPENSIONES resuelve el recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 054180 de 5 de abril de 2013, modificándola en cuanto al monto de la pensión de un 72% a un 75% y una mesada de \$1.256.666 al 1 de abril de 2012 (fls. 52 a 45).
- e. Derecho de petición de 1 de julio de 2014 (fls. 47 a 58), a través del cual la demandante solicita a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación en cuantía del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, es decir, entre el 1 de abril de 2011 y el 31 de marzo de 2012, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.
- f. Certificación de factores salariales de la señora Elsa Álvarez Gamba, expedidos por el municipios de Tunja, para los periodos comprendidos entre el mes de marzo de 2002 a marzo de 2012 (fls. 64 a 70 y 102 a 108).
- g. Certificaciones laborales de 2 de mayo de 2014, emitida por la Secretaría Administrativa del municipio de Tunja, en la que se indica que la accionante se desempeñó como profesional universitario 21-05 en la planta global de ese municipio, del 1 de noviembre de 1991 al 30 de marzo de 2012 (fls. 71 a 73).
- h. Copia de la Resolución GNR 1965 de 6 de enero de 2015, por medio de la cual COLPENSIONES ordenó la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez de la demandante, reportando 1.097 semanas un porcentaje del 75%, aplicándole el régimen de transición de la Ley 71 de 1988 por ser más beneficiaria para la trabajadora. Fijó el valor de la mesada en \$1.296.045 para el año 2013 y \$1.321.188, a partir del 1 de abril de 2012, entre otras disposiciones. Acta de notificación de esta resolución a la parte actora el 16 de enero de 2016 (fl. 80).
- i. Escrito de recurso de reposición y en subsidio de apelación de en contra de la Resolución GNR 1965 de 6 de enero de 2015, presentado por la señora Elsa Álvarez Gamba (fls. 81 a 88).
- j. Copia de la Resolución GNR 273774 de 7 de septiembre de 2015 (fls. 91 a 94) por medio de la cual COLPENSIONES resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución GNR 1965 de 6 de enero de 2015, confirmándola. Acta de notificación a la demandante el 16 de septiembre de 2015 (fl. 90).
- k. Copia de la Resolución VPB 168 de 5 de enero de 2016 (fl. 96 a 100), por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación en contra de la Resolución recurso de reposición

interpuesto en contra de la Resolución GNR 1965 de 6 de enero de 2015, confirmándola en todas sus partes. Acta de notificación de 28 de enero de 2016 (fl. 95).

Aportadas con la contestación de la demanda

- a. Resumen de semanas cotizadas a pensiones por el empleador a COLPENSIONES en nombre de la señora Elsa Álvarez Gamba, desde el 8 de abril de 1986 a 31 de marzo de 2012, para un total de 995,12 semanas (fls. 155).
- b. Reporte de semanas cotizadas en pensiones, actualizado al 18 de octubre de 2017, correspondiente a la señora Elsa Álvarez Gamba, a partir de 1995

Decretadas en la audiencia inicial

- a. Certificación de pagos recibidos por la demandante como profesional universitario cód. 218, grado 5 del municipio de Tunja, desde enero de 2010 a abril de 2012 (fls. 224 a 226).
- b. Formato N° 3 (B) de certificación de salarios mes a mes, de 19 de junio de 2018, a nombre de la demandante respecto del tiempo laborado en el municipio de Tunja (fls. 229 y 230).
- c. Oficio AGD.JPP2018-001459 de 30 de julio de 2018 (fls. 236 y 237), a través del cual el departamento de Boyacá señala que la demandante estuvo vinculada laboralmente a ese ente territorial y a la Caja de Previsión Social de Boyacá. En esta última desde el 3 de marzo de 1981 hasta el 30 de junio de 1982, y en la primera, desde el 6 de octubre de 1983 al 31 de mayo de 1984, conforme con las constancias obrantes en folios 238 y 239.

5.4.- Marco jurídico aplicable

De acuerdo con la fijación del litigio, la controversia en el presente caso gravita, en primera instancia, en determinar si la demandante es beneficiaria de la Ley 33 de 1985 por remisión del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, para luego establecer la aplicación del régimen pensional allí contenido, conforme con los cambios jurisprudenciales recientes en esta materia, o si en caso contrario le asiste la razón a la entidad accionada en cuando la aplicación de la Ley 71 de 1988, a la señora Elsa Álvarez por ser más favorable.

7.3.2. De la interpretación sobre la liquidación de las pensiones de jubilación de los ex empleados públicos cobijados por el régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993. Rectificación de posición.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993 existían múltiples regímenes pensionales, por lo que el propósito de esta norma fue crear un régimen unificado de seguridad social. Sin embargo, con el objetivo de salvaguardar las expectativas de quienes estaban próximos a adquirir la pensión de jubilación en el régimen anterior, el artículo 36 ibídem creó un sistema de transición¹ para los trabajadores que a la entrada en vigencia de la mencionada ley (1° de abril de 1994 para empleados públicos del orden nacional y 30 de junio 1995 para empleados territoriales²), contaban con 35 años de edad o más si eran mujeres, o con 40 años de edad o más si eran hombres, o con 15 o más años de servicios cotizados en el caso de ambos géneros.

¹ "ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, **será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...)"

² Artículo 151 ibídem.

Posteriormente, a través del Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Nacional, el mencionado régimen de transición fue limitado hasta el 31 de julio de 2010, excepto para aquellos que a la entrada en vigencia³ de dicha enmienda constitucional tuvieran al menos 750 semanas cotizadas, caso en el cual serían titulares de la transición hasta el año 2014.

El inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señala que para los titulares del régimen de transición, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, al tiempo que las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en dicha norma.

A renglón seguido, el mismo artículo en su inciso tercero, preceptúa:

“(…) 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 (…)”

La interpretación de los anteriores preceptos ha sido diferente en los últimos años, tanto por parte del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, pues en su mayoría sustentan criterios divergentes al respecto.

Es así como la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de unificación proferida el 04 de agosto de 2010⁴, con base en los principios de progresividad y de favorabilidad en materia laboral, y tras hacer un recuento de los pronunciamientos emitidos hasta el momento, concluyó que el monto de la pensión no puede desprenderse del régimen de pensión anterior aplicable y que los factores salariales enunciados en la Ley 33 de 1985, no eran taxativos sino meramente enunciativos, postura mantenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado e incluso reiterada posteriormente a través de otra providencia de unificación⁵ al considerar que el “monto” e “ingreso base de liquidación” conforman una unidad conceptual, por lo que no puede generarse una fusión de regímenes al escindir el monto del ingreso base de liquidación.

De ahí que, bajo estas premisas, para dicha sección del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la pensión de jubilación de los destinatarios de la Ley 33 de 1985, debía ser liquidada de acuerdo con la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio.

Por su parte, la Corte Constitucional, aunque dentro de algunas de sus salas al estudiar acciones de tutelas individuales consideraba que el IBL de la pensión de vejez se determinaba con base en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 al que estuviera afiliado el interesado, desde el año 2013 sentó su postura al considerar que el IBL no hace parte del régimen de transición.

En sentencia **C-258 de 2013**, declaró la inexecutable de la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, por lo que, en el caso de los congresistas y magistrados, el IBL de su pensión de jubilación debía calcularse conforme con lo preceptuado en el Régimen General de Pensiones. Más adelante, a través de Auto 326 de 2014⁶, proferido por la

³ Conforme al artículo 2 del acto legislativo 01 de 2005, éste regiría a partir de su publicación. Así, mediante Diario Oficial 45980 de julio 25 de 2005 se publicó la mencionada enmienda, fecha a partir de la cual se entiende inició su vigencia.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, C.P., Víctor Hernando Alvarado Ardila, rad.: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Bogotá, 04 de agosto de 2010.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, C.P., Gerardo Arenas Monsalve, rad.: 25000234200020130154101. Bogotá, 25 de febrero de 2016.

⁶ “(…) Una vez verificados los requisitos de procedibilidad formal del incidente de nulidad, encuentra la Sala que el ciudadano acredita los requisitos de oportunidad y legitimación. Empero, revisados los requisitos materiales de dicho incidente en el caso concreto, se constata que no se configura la causal invocada, por cuanto la Sala Segunda de Revisión de Tutelas no cambió la jurisprudencia constitucional en vigor, relativa a la interpretación del inciso 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo atinente a la forma de liquidar el monto y el ingreso base de liquidación, sino que, por el contrario, siguió en estricto rigor la interpretación autorizada que realizó la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, que por una parte, ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional respecto del régimen pensional de la Ley 4 de 1992 y, por otro lado, estableció un precedente interpretativo -que no puede ser desconocido- en lo atinente a la aplicación del artículo 21

Sala Plena de dicha Corporación, dijo que la *ratio decidendi* establecida en la providencia C-258 de 2013, no solo era aplicable a la población objeto de regulación por la Ley 4 de 1992, sino a todos los casos en que se discutiera la aplicación del artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que constituye un precedente obligatorio que no puede ser desconocido.

La misma línea de pensamiento ha sido mantenida por el Alto Tribunal Constitucional a través de providencias SU-230 de 2015⁷, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017⁸ y recientemente por la SU-395 de 2017, último pronunciamiento en el que además de reiterar lo dicho en cuanto a que el IBL no está sujeto a transición y por ende debía aplicarse lo preceptuado al respecto por la Ley 100 de 1993, es decir que las pensiones de vejez deben liquidarse con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, o al promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus de pensionado luego de su entrada en vigencia si fuere menor de 10 años, advirtió lo siguiente:

“(…) aun cuando los artículos 228 y 230 de la Carta Política disponen que la función judicial ha de ejercerse en cumplimiento de los principios de independencia y autonomía, la propia Corte ha definido el carácter vinculante del precedente constitucional en virtud de la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema normativo, la protección del derecho a la igualdad, la salvaguarda de la buena fe y la materialización de la confianza legítima. Por esta razón, los jueces de la República no pueden apartarse de un precedente establecido por esta Corporación, salvo que exista un principio de razón suficiente que justifique su inaplicación en un caso concreto, previo cumplimiento de una carga mínima de argumentación.”
(Subrayado fuera del texto) (...)

En reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de unificación de jurisprudencia, proferida el 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente Dr. Cesar Palomino Cortés⁹, hizo una reinterpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente en cuanto al ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta en la liquidación de pensiones de los beneficiarios del régimen de transición allí establecido, fijando unas sub reglas jurisprudenciales que por su importancia se hace necesario transcribir in extenso:

“(…) Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de Transición

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

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

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

o el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100/93 cuando se pretenda liquidar el ingreso base de liquidación de las pensiones adquiridas antes de la entrada en vigor del tránsito normativo. En efecto, en esa oportunidad la Sala Plena declaró inexecutable la expresión “durante el último año”, contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, razón por la cual sobre este aspecto del régimen especial se predica la existencia de la cosa juzgada constitucional; sin embargo, **a pesar de que la sentencia de constitucionalidad no extendiera sus efectos de cosa juzgada a los demás regímenes pensionales, lo cierto es que para declarar la inexecutable mencionada, la Sala Plena hizo una interpretación autorizada –que integra la *ratio decidendi* de la sentencia- del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 del régimen general de pensiones contenido en la Ley 100/93, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio (...)**

⁷“(…) la Sentencia C-258 de 2013, estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio de quienes hacen parte de regímenes especiales que consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos de aquellos pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación –IBL-. En la sentencia, por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. **Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos (...)**”

⁸“(…) Con base en estas mismas consideraciones, este Tribunal, en la Sentencia SU-230 de 2015, interpretó el alcance de la Sentencia C-258 de 2013, y recordó que los únicos conceptos aplicables para el reconocimiento de las pensiones regidas por las normas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 – como la Ley 4ª de 1992–, eran: “(i) la edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional; (ii) el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto; y (iii) el monto de la misma”, los que a su vez constituyen, en estricto sentido, el régimen de transición. Y, posteriormente, en la Sentencia SU-566 de 2015, la Corte nuevamente reiteró que “[p]ara ser beneficiario del régimen de transición del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, el cual se encuentra regulado por el Decreto 1293 de 1994, era necesario e indispensable en el caso de los congresistas, estar afiliado al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República al 1° de abril de 1994, siendo tal afiliación la llave de entrada para ser acreedor de la transición especial (...)”

⁹ Rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01

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.

(...)

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.”

Así las cosas, la sentencia de unificación zanjó la discusión existente en relación con el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, determinando que ya no se tomaría para el ingreso base de liquidación de las pensiones el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de prestación de servicios, tal como lo disponía el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, sino que se tendrá en cuenta lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, que el ingreso base para liquidar las pensiones de las personas que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, se tomará el promedio de lo percibido en el tiempo que les hiciera falta, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior.

En segundo lugar, dispuso que frente a los factores a tener en cuenta en el IBL para reconocimientos pensionales de servidores públicos, como ya se dijo beneficiarios del régimen

de transición, se incluirían únicamente aquellos factores sobre los cuales se efectuaron aportes al sistema general de pensiones, quedando descartada de plano la tesis sostenida en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, relacionada con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, pues al parecer de la Sala Plena este criterio difería con la voluntad del legislador, quien enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional, por tanto es a ellos que debe quedar limitada dicha base.

En cuanto a los efectos de la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado a que se hace referencia, señaló la Corporación:

(...) La Sala Plena de esta Corporación, por regla general ha dado aplicación al precedente de forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo en los casos que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica resultan inmodificables (...)

Por lo anterior, el Despacho modifica la tesis que venía sosteniendo en el sentido de acceder a las pretensiones de reajustes pensionales de personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, con inclusión de todos los factores salariales devengados por el servidor en el último año de prestación de servicios, para en su lugar dar aplicación al criterio expuesto en la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, en virtud de la obligatoriedad de acatar los pronunciamientos unificadores del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tal como lo establecen los artículos 10, 102 y 261 del C.P.A.C.A.

6.- Caso concreto.

La parte actora señala en su demanda que ha laborado más de 20 años al servicio del Estado y que por ende es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, contenido en la Ley 33 de 1985, motivo por el cual solicita la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en su último año de prestación de servicios y subsidiariamente pretende que se le aplique el régimen pensional contenido en el Decreto 758 de 1990, por medio del cual se aprobó el Acuerdo 049 del mismo año.

Colpensiones, por su parte, indicó que aplicó la norma más favorable a la trabajadora, esto es, la Ley 71 de 1988, frente al Decreto 758 de 1990. Sobre el IBL añadió que el régimen de transición contempla respecto del régimen anterior solo la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, pues el legislador no incluyó la fórmula para calcular el IBL ni la inclusión de todos los factores salariales, por lo que la liquidación de la pensión se realizó conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Así las cosas, el Despacho analizará, a la luz del marco normativo y jurisprudencial enunciado en líneas anteriores, si en el caso *sub judice* la señora Elsa Álvarez es beneficiaria de la Ley 33 de 1985, en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y seguidamente determinará si la liquidación de su pensión se efectuó de forma adecuada.

6.1.- Con las pruebas obrantes en el expediente, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- a. La demandante nació el 1 de agosto de 1951 y en la actualidad cuenta con 67 años.
- b. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), contaba con 41 años de edad.
- c. La señora Elsa Álvarez Gamba laboró para el Estado en los periodos que a continuación se indican:

ENTIDAD PÚBLICA	FECHA INGRESO	FECHA RETIRO	DÍAS LABORADOS	SEMANAS LABORADAS (dividido en 7 días)	FOLIOS
CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOYACÁ	03/03/1981	30/06/1982	482	68,85	Fl. 238
DEPARTAMENTO DE BOYACÁ	06/10/1983	31/05/1984	235	33,57	Fl. 239
CAJA POPULAR COOPERATIVA	08/04/1986	01/01/1987	263	38,42	Fl. 92
CAJA POPULAR COOPERATIVA	02/02/1987	01/06/1989	849	121,28	Fl. 92 y 180
MUNICIPIO DE TUNJA	01/11/1991	30/03/2012	7449 DÍAS	1064,14	Fls. 32 a 40
		Total días	9278 DÍAS	-	
			TOTAL SEMANAS	1325,7	

- d. Durante los tiempos laborados al servicio del departamento de Boyacá y de la Caja de Previsión Social de Boyacá, se realizaron aportes a esta última, hoy Fondo Territorial Pensional de Boyacá, conforme se indicó en las certificaciones obrantes en folios 238 y 239.
- e. Los últimos 20 años de labores de la señora Álvarez Gamba fueron prestados al municipio de Tunja, en calidad de profesional universitario 219 grado 05, conforme las certificaciones laborales expedidas por ese ente territorial, obrantes en folios 64 a 75.
- f. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone 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 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, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 y el IBL de la pensión a quienes 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 éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

El artículo 21 de la misma norma señala:

“ARTÍCULO 21. Ingreso Base de Liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta Ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

- g. El artículo 1 de la Ley 33 de 1985, dispone que 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.
- h. Desde el momento del retiro del servicio de la accionante, Colpensiones ha reliquidado su pensión teniendo en cuenta siempre un número de semanas diferente, como se ilustra a continuación:

RESOLUCIÓN COLPENSIONES	SEMANAS COTIZADAS TENIEDAS EN CUENTA	NORMA APLICADA	TAZA DE REEMPLAZO
017944 de 26 de mayo de 2011	913	Decreto 758 de 1990	69%
GNR 054180 de 5 de abril de 2013 (fl. 34)	803	Decreto 758 de 1990	63%
GNR 128787 de 13 de junio de 2013 (fl. 37)	1.074	Decreto 758 de 1990	72%
VPB 5275 de 11 de abril de 2014 (fl. 42)	1.089	Ley 71 de 1988	75%
GNR 1965 de 6 de enero de 2015	1.097	Ley 71 de 1988	75%
GNR 273774 de 7 de septiembre de 2015	1.118	Ley 71 de 1988	75%
VPB 168 de 5 de enero de 2016	1.102	Ley 71 de 1988	75%

- i. La Resolución VPB 168 de 5 de enero de 2016, por medio de la cual Colpensiones resolvió el recurso de apelación contra la Resolución GNR 1965 de 6 de enero de 2015, tuvo como fundamentos de su decisión el régimen pensional contenido en la Ley 71 de 1988, pues aunque hace la liquidación de la pensión conforme el Decreto 758 de 1990, la liquidación de la resolución recurrida resulta más favorable a la demandante por ser de mayor valor, motivo por el cual la confirma.

Acorde con lo expuesto hasta el momento, encuentra el Despacho que la accionante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que cumple con el requisito establecido en la Ley 33 de 1985, por acreditar más de 20 años de servicio al Estado, contrario a lo indicado por Colpensiones en las resoluciones enjuiciadas, pues como se acabó de ver, la señora Álvarez Gamba ha cotizado para pensión más de 1.300 semanas, de las cuales los últimos 20 años han sido como empleada pública del municipio de Tunja.

6.2.- Ahora, en lo que respecta a las peticiones de la demandante, relacionadas con la aplicación del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año, no están llamadas a progresar, por ser subsidiarias de la pretensión de aplicación de la Ley 33 de 1985, última que prospera. No obstante, el Despacho señalará por qué no resulta aplicable esta norma en el caso concreto, así:

6.2.1.- El Decreto 758 de 1990, por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, estableció en su artículo primero el sujeto activo del régimen en él contenido:

“Artículo 1° Afiliados al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2° del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria:

a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;

b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,

c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.

2. En forma facultativa:

a) Los trabajadores independientes;

b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y,

c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.

3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.”

De la lectura del artículo transcrito se tiene que la señora Elsa Álvarez Gamba no pertenece a ninguno de los grupos descritos, pues durante su vida laboral siempre se ha desempeñado como empleada pública en entidades estatales. Sobre el particular, el Tribunal administrativo de Boyacá, en sentencia de 21 de marzo de 2018, dentro del radicado 15001-3333-002-2016-00111-01, indicó lo siguiente:

“Por otra parte, es cierto que en varios casos la Corte Constitucional ha señalado que es posible acumular los tiempos de servicio cotizados a los fondos de previsión social con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, en tanto que el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 no exige que las cotizaciones se efectúen de manera exclusiva en este último’.

Sin embargo, siendo los trabajadores del sector privado beneficiarios obligatorios de las provisiones contenidas en el Decreto 758 de 1990, conforme la jurisprudencia de esa misma Corporación debe entenderse que lo que se pretende amparar es posibilidad de acumular tiempos públicos y privados a efectos de aplicar la citada norma, tal como lo ha expresado la Corte al señalar:

"Justamente en aplicación de esta tesis, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido expresamente que (i) 'el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 en ninguno de sus apartes exige que las cotizaciones se efectúen de manera exclusiva al fondo del Instituto de Seguros Sociales' por lo que se incurre en un error al interpretar esta norma de manera distinta a lo que realmente se encuentra establecido en ella y (ii) en virtud del principio hermenéutico de interpretación más favorable a los intereses del trabajador, es posible computar las semanas que cotizó una persona en el sector público antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 con las que cotizó como empleado del sector privado en cualquier tiempo'... (Subraya la Sala)

Y en otra ocasión expuso:

"En definitiva, ante la necesidad de unificar la postura de la Corte Constitucional en el asunto del que ahora se ocupa la Sala, se concluye que la interpretación que más se acompasa con los principios de favorabilidad y pro homine, es la que, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, permite acumular los tiempos cotizados a entidades públicas y a empleadores privados, para que aquellas personas que acrediten 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, accedan' a la pensión de vejez” (Subraya la Sala)

En tales circunstancias, debe inferirse que en todo caso de acumulación de tiempos cotizados en otros fondos con los cotizados al Instituto de Seguros Sociales, para efectos de aplicación del Decreto 758 de 1990, estos últimos, o por lo menos parte de ellos, deben haber sido laborados en el sector privado, lo que no ocurrió en el caso particular, dado que durante toda su vida laboral la demandante se desempeñó como empleado público de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja. ”

En el *sub judice* tampoco se cumple con el requisito descrito por el Tribunal Administrativo de Boyacá, relacionado con haber laborado la demandante en el sector privado, pues se reitera que la actora siempre se desempeñó como empleada al servicio del Estado y, en consecuencia, la norma que debe regir la liquidación de su pensión es la Ley 33 de 1985.

6.2.2.- Ahora bien, la demandante solicita se tenga como ingreso base de liquidación todo lo devengado por la señora Álvarez Gamba en el último año de prestación de servicios, esto es, de 1 de abril de 2011 al 31 de marzo de 2012, en aplicación del régimen anterior.

Anuncia el Despacho desde ya que la pretensión descrita no tiene vocación de prosperidad, puesto que si bien la Sección Segunda del Consejo de Estado mantuvo esa postura durante muchos años, de forma reciente la Sala Plena de esa Corporación unificó su jurisprudencia respecto del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el régimen anterior de pensiones aplica para los beneficiarios de la transición solo respecto de la edad, las semanas cotizadas y la tasa de reemplazo, pero el IBL sería el establecido en la Ley 100. Es así como el reconocimiento de la pensión para los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe enmarcarse en las reglas jurisprudenciales fijadas por esa corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

Así las cosas, el ingreso base de liquidación y el tiempo para liquidar la pensión de la señora Elsa Álvarez Gamba corresponde a los factores sobre los que se haya efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, esto es, del 1 de abril de 2002 al 31 de marzo de 2012, fecha última de su retiro, con una tasa de reemplazo del 75%, como bien lo señala la parte demandada como sustento de la excepción que denominó “inexistencia del derecho y la obligación” y “cobro de lo no debido”, las cuales por ende deben declararse probadas.

En este orden de ideas, se declarará la nulidad de las Resoluciones GNR 1965 de 6 de enero de 2015, GNR 273774 de 7 de septiembre de 2015 y VPB 168 de 5 de enero de 2016 expedidas por Colpensiones y se ordenará reliquidar la pensión de la señora Elsa Álvarez Gamba conforme la Ley 33 de 1985, por ser la demandante beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y atendiendo a las reglas jurisprudenciales establecidas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, dentro del radicado 52001-2333-000-2012-00143-01, esto es, reliquidar la pensión teniendo como IBL el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la accionante durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (1 de abril de 2002 al 31 de marzo de 2012) en monto del 75%, desde el 1 de abril de 2012.

Si resultare alguna diferencia entre el valor actualmente pagado a la demandante por concepto de mesada de pensión de vejez y el valor proveniente de la reliquidación ordenada, Colpensiones deberá pagar a la demandante las sumas resultantes, las cuales deberán indexarse en los términos del artículo 187 del CPACA, desde la causación del derecho, hasta la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, previos los incrementos legales, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma dejada de percibir por la accionante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, liquidación que se hará mes a mes por tratarse de pagos de tracto sucesivo.

Por este motivo la excepción denominada “improcedencia de la indexación”, deberá ser desestimada.

En lo que respecta a la solicitud de intereses moratorios respecto de las diferencias de las mesadas pensionales, no prospera toda vez que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago, es decir, solo por retraso en el pago de las mesadas, más no de las diferencias que resultaren de la reliquidación de la pensión. En el caso que nos ocupa no se aduce ni se prueba que haya existido demora de la administración en el pago de las mesadas

pensionales, razón por la cual no puede hablarse de intereses de mora por retardo de pago de mesadas a la accionante.

Debe aclararse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, solo prevé los intereses moratorios por el retardo en la cancelación de la pensión, lo que de contera nos lleva a señalar que en los demás casos, como cuando se reclaman diferencias entre mesadas, si hubiere lugar a ellas, no puede predicarse mora, pues se trata de un monto que hasta ahora se reconoce por vía jurisdiccional.

Por esta razón, se declarará probada la excepción denominada "Improcedencia de los intereses moratorios".

6.3.- De otra parte, la demandante solicitó se declarara que había adquirido el estatus de pensionada el 10 de febrero de 2011 y que se cancelaran los valores correspondientes a la mesada 14, no obstante, Colpensiones en la resolución que cerró la sede administrativa reconoció que la fecha de adquisición del estatus pensional de la señora Álvarez Gamba era el 27 de noviembre de 2010, y por ende, de acuerdo con lo señalado por la administradora de pensiones accionada, la hace beneficiaria de la mesada 14 y que se ha venido pagando, tal como se desprende de la Resolución GNR 1965 de 6 de enero de 2015, por medio de la cual se reliquidó la pensión de vejez de la actora y se reconoció como pago de retroactivo la suma de \$15.338.338, de los cuales \$2.375.774 corresponden a mesadas adicionales (fls. 75 a 79)

En razón de lo anterior, no hay lugar a ordenar lo pedido toda vez que las sumas solicitadas han sido devengadas por la accionante.

6.4.- Finalmente, en lo que atañe a la prescripción, encuentra el Despacho que esta no se presenta, teniendo en cuenta lo que a continuación se expone:

El reconocimiento de la pensión efectiva de la demandante se hizo mediante Resolución GNR 054180 de 5 de abril de 2013, decisión contra la cual la parte actora interpuso los recursos de reposición y apelación, que fueron desatados por la administración mediante las Resoluciones GNR 128787 de 13 de junio de 2013 y VPB de 5275 de 11 de abril de 2014.

Luego la demandante interpuso derecho de petición el 2 de julio de 2014, solicitando la reliquidación de su pensión, el que fue resuelto por Colpensiones a través de las resoluciones demandadas, de fechas 6 de enero de 2015, 7 de septiembre del mismo año y 5 de enero de 2016, última que resolvió la apelación, siendo notificada el 28 de enero siguiente.

La demanda se presentó el 29 de julio de 2016, de acuerdo con el acta de reparto obrante en folio 130.

Conforme a lo señalado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, y 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos prescriben en el término de 3 años contados a partir de que la obligación se hace exigible, y el reclamo escrito interrumpe la prescripción "*pero solo por un lapso igual*".

Corolario de lo anterior, no han transcurrido más de 3 años entre petición de reliquidación hecha por la señora Elsa Álvarez Gamba (2 de julio de 2014) y la interposición de la demanda (29 de julio de 2016), por lo que no se presenta el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, debe señalar el despacho con respecto a la excepción denominada "compensación o deducción de pagos realizados", que no es viable pronunciarse frente a la misma toda vez que hasta tanto la entidad demandada no realice la reliquidación ordenada en este fallo, no es posible establecer si hay lugar al pago de diferencias con respecto a las mesadas pensionales que se han venido cancelando a la demandante y menos aún si deben efectuarse las respectivas compensaciones, razón por la cual este medio exceptivo será despachado desfavorablemente.

7.- Costas

El artículo 365 de la Ley 1564 de 2012 establece que se impondrá condena en costas a la parte vencida; no obstante, dado el cambio jurisprudencial que introdujo la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado y la expectativa legítima del actor al momento de la interposición de la demanda, el Despacho se abstendrá de condenar en costas.

Así lo ha dispuesto también el Tribunal Administrativo de Boyacá:

“Prevé el numeral 4º del artículo 365 del CGP que habrá condena en costas, cuando se revoque totalmente la del inferior, como en este caso.

Sin embargo, el decurso de la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, es clara en describir que se trata de un cambio jurisprudencial del Consejo de Estado. De hecho, es la misma sentencia la que advierte:

“115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, -salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.”

Si esto es así, ha de concluirse que, al momento en que fue se formularon las pretensiones de la demanda, existía una expectativa legítima.

En consecuencia, resultaría desproporcionado considerar que la acción cause una carga adicional a la parte vencida quien, con fundamento en Criterio que con anterioridad había sido reiterado por esa misma Corporación, hizo uso de la vía judicial.”¹⁰

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA:

1.- DECLARAR la nulidad de Resoluciones GNR 1965 de 6 de enero de 2015, GNR 273774 de 7 de septiembre de 2015 y VPB 168 de 5 de enero de 2016, expedidas por Colpensiones, que reliquidaron la pensión de la señora Elsa Álvarez Gamba, identificada con C.C. N° 23.271.064, por las razones indicadas en las consideraciones.

2.- ORDENAR a COLPENSIONES, a título de restablecimiento del derecho, reliquidar la pensión de la señora ELSA ÁLVAREZ GAMBA, identificada con C.C. N° 23.271.064 conforme a la Ley 33 de 1985, por ser la demandante beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y atendiendo a las reglas jurisprudenciales establecidas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, dentro del radicado 52001-2333-000-2012-00143-01, esto es, reliquidar la pensión teniendo como IBL el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la accionante durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (1 de abril de 2002 al 31 de marzo de 2012) en un monto del 75%, desde el 1 de abril de 2012.

Si resultare alguna diferencia entre el valor actualmente pagado a la demandante por concepto de mesada de pensión de vejez y el valor proveniente de la reliquidación ordenada, Colpensiones

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia de segunda instancia de 26 de noviembre de 2018, rad. 15001 3333 009 2017 00109-01, M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

deberá pagar a la demandante las sumas resultantes, las cuales deberán indexarse en los términos del artículo 187 del CPACA, desde la causación del derecho, hasta la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, previos los incrementos legales, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

3.- La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 y concordantes del CPACA y devengará intereses moratorios conforme al inciso 3 de esta disposición. Para lo anterior, se dispone remitir las comunicaciones correspondientes, de conformidad con lo previsto en los incisos finales de los artículos 192 y 203 de la Ley 1437 de 2011.

4.- **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

5. **Declarar probadas** las excepciones denominadas “Improcedencia de los intereses moratorios”, “inexistencia del derecho y la obligación” y “cobro de lo no debido”, estas dos últimas en lo concerniente a la improcedencia de reliquidar la pensión de vejez de la actora con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, por las razones expuestas en la parte motiva.

6. **Declarar no probada** la excepción denominada “improcedencia de la indexación”, por lo expuesto en la parte motiva.

7.- **NO CONDENAR** en costas por lo expuesto.

8.- Ejecutoriado este fallo y cumplidos sus ordenamientos, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias que sean necesarias. Si existen remanentes devuélvase a la parte que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAVIER LEONARDO LÓPEZ HIGUERA
JUEZ