

TRASLADO RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA AL DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD- La invalidez declarada por el juez ordinario permite conservar el régimen de transición pensional / RÉGIMEN PENSIONAL DE LA RAMA JUDICIAL – Aplicación / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL – Determinación

En atención a que la jurisdicción ordinaria laboral invalidó los traslados efectuados por el accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, se crea la ficción jurídica consistente en que nunca existieron y, en ese orden de ideas, el demandante no perdió los beneficios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tal como el Juzgado Tercero Laboral de Pasto lo declaró; todo lo contrario, es acreedor de dicho régimen, al haber tenido, se insiste, más de 40 años de edad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social en pensiones; en consecuencia, le asiste el derecho a obtener su pensión de jubilación bajo el régimen anterior que lo amparaba (Decreto 546 de 1971), tal como lo concluyó el *a quo*. (...) Dado que al 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993) al actor le faltaban más de 10 años para adquirir la pensión de jubilación, esta le debe ser calculada con el 75% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993. De acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales relacionados con la materia, en el IBL pensional se deberán incluir los factores sobre los cuales se hayan efectuado los correspondientes aportes, además de los previstos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC), en atención a las certificaciones de «salarios mes a mes» obrantes en los folios 283 a 285 y 325 del expediente, emitidas por la Fiscalía y la Procuraduría Generales de la Nación.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición pensional del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ver: C. de E, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, rad 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), C.P. César Palomino Cortés

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 36 INCISO 3 / LEY 33 DE 1985 / LEY 62 DE 1985 / DECRETO 1158 DE 19947 DECRETO 546 DE 1971

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER

Bogotá, D.C., siete (7) noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 19001-23-31-000-2011-00144-01(1502-15)

Actor: JUAN CORAL ERASO

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)



Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Reconocimiento de pensión de jubilación conforme al Decreto 546 de 1971

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (ff. 440 a 445) contra la sentencia de 26 de junio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca (sala de decisión primera), mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe (ff. 416 a 437).

I. ANTECEDENTES

1.1 Acción (ff. 1 a 36). El señor Juan Coral Eraso, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra el entonces Instituto de Seguros Sociales (ISS); hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de las Resoluciones 1295 de 27 de marzo de 2009 y 1949 de 7 de julio de 2010 del extinguido Instituto de Seguros Sociales (ISS), por medio de las cuales se le negó al accionante el reconocimiento de la pensión especial de jubilación, prevista en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971; y se anule parcialmente la Resolución 3276 de 25 de octubre de 2010, por la que se concede tal pensión, en cumplimiento de un fallo de tutela, de manera transitoria.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada (i) reconocer y pagar, de manera definitiva, la pensión especial de jubilación conforme al artículo 6° del Decreto 546 de 1971, con la correspondiente indexación de la base de liquidación pensional; (ii) cancelar las diferencias adeudadas debidamente actualizadas con el índice de precios al consumidor; y (iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el actor que laboró a la rama judicial y a la Procuraduría General de la Nación por más de 21 años.

Que en junio de 1993 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la mal información de los fondos privados.



Dice que el 22 de junio de 2004 se le permitió retornar al régimen de prima media con prestación definida, ante lo cual Citi Colfondos trasladó la suma correspondiente a los aportes efectuados; lo anterior, por cuanto el Estado permitió una amnistía a través de la Ley 797 de 2003, que autorizaba por una sola vez el traslado entre regímenes pensionales.

Que al cumplir 55 años de edad, el 11 de julio de 2008, pidió del entonces ISS el reconocimiento de su pensión de jubilación, negado a través de las Resoluciones 1295 de 27 de marzo de 2009 y 1949 de 7 de julio de 2010, al no colmar los 15 años de servicios a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Afirma que presentó acción de tutela, que resultó con sentencia favorable, emitida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, en el sentido de ordenar el reconocimiento de su pensión de jubilación de conformidad con el Decreto 546 de 1971; cumplida por el ISS por medio de Resolución 3276 de 25 de octubre de 2010, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados con la asignación más elevada durante el último año de servicios.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos demandados los artículos 2, 6, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; 5 de la Ley 57 de 1978; 27 del Decreto 3135 de 1968; 73 y 102 del Decreto 1848 de 1969; 45 del decreto 1045 de 1978; 1° y 2° de la ley 33 de 1985; 36 (inciso 6°), 288 y 289 de la Ley 100 de 1993; 1° y 4° de la ley 4ª de 1992; 6° del Decreto 546 de 1971; 12 del Decreto 717 de 1978; las Leyes 71 de 1988 y 4ª de 1966; los Decretos 1160 de 1989 y 911 de 1978.

El accionante aduce que, en atención a que colmó la edad prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (40 años) a su entrada en vigor, es beneficiario del régimen de transición establecido en esta norma, y en tal sentido, al haber laborado más de 20 años a la rama judicial y a la Procuraduría General de la Nación y tener más de 55 años de edad, le asiste el derecho a que su pensión de jubilación sea reconocida con fundamento en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, en un monto equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que haya devengado durante el último año de servicios; para lo cual cita varios apartes jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

1.5 Contestación de la demanda (ff. 379 a 387). El ISS, por intermedio de apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda; respecto de los hechos afirmó que algunos son ciertos, otros no, unos no le constan y los demás no comportan situaciones fácticas; arguye que el actor no es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dado que cuando empezó a regir no tenía 15 años de servicios, solo 40 de edad, por lo que al haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, carece del derecho a obtener una pensión de jubilación bajo una normativa anterior a la citada Ley 100; independientemente de que con la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 del mismo año, se permitió su



retorno al sistema de prima media con prestación definida.

1.6 La providencia apelada (ff. 416 a 437). El Tribunal Administrativo del Cauca (sala de decisión primera), en sentencia de 26 de junio de 2014, accedió a las súplicas de la demanda, al considerar que «[...] *si una persona cumple con uno de los dos requisitos para ser beneficiario del régimen de transición y que, aun habiendo solicitado el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, finalmente decide regresar al de prima media, deberá respetársele el derecho adquirido al régimen de transición, por ser [...] de carácter irrenunciable*», por lo tanto, el accionante le asiste derecho a adquirir su pensión de jubilación de conformidad con el Decreto 546 de 1971, con la asignación más elevada devengada durante el último año de servicios, con inclusión de la totalidad de los factores salariales recibidos en ese período.

1.7 El recurso de apelación (ff. 440 a 445). Inconforme con la anterior sentencia, la demandada, por conducto de apoderada, interpuso recurso de apelación, al estimar que, de acuerdo con la sentencia SU-130 de 2013 de la Corte Constitucional, el actor perdió los beneficios de la transición, comoquiera que al 1° de abril de 1994 no tenía 15 años de servicios cotizados. En caso contrario, pide que se tenga en cuenta que el ingreso base de cotización de las personas beneficiarias del régimen de transición, se rige por el inciso 3° del artículo 36 *ibidem*, de conformidad con el fallo C-258 de 2013.

II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído 9 de marzo de 2015 (ff. 539 y 540) y admitido por esta Corporación a través de auto de 28 de mayo siguiente (f. 544 y 545), en el que se dispuso la notificación personal al Ministerio Público y a las otras partes por estado, en cumplimiento del artículo 212 del CCA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 11 de agosto de 2015 (f. 547), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por los sujetos procesales.

2.1.1 Parte demandante (ff. 550 a 562). El demandante, por intermedio de apoderado, reitera los argumentos planteados en el libelo introductorio y cita apartes de las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional referentes al régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Asimismo, advierte que solicitó la suspensión del proceso por prejudicialidad, comoquiera que demandó la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero el Tribunal de instancia la negó, por lo que la reitera.

2.1.2 Entidad accionada (ff. 577 a 581). La demandada, por medio de apoderada, insiste en los planteamientos expuestos en su escrito de alzada.



2.1.3 Ministerio Público (ff. 583 a 593). La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público dentro del proceso, es del criterio que el fallo de primera instancia debe ser confirmado, puesto que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 el accionante tenía más de 40 años de edad, por lo que es beneficiario del régimen de transición.

2.2 Impedimento. El 5 de julio de 2016 la consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez manifestó su impedimento para conocer del presente proceso (f. 595), en atención a que le asistía interés directo en las resultas del asunto, el cual fue aceptado el 1.º de diciembre siguiente por los demás integrantes de la subsección (ff. 618 a 620 vuelto), motivo por el cual fue enviado el expediente a este despacho para continuar con el trámite procesal.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA, a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Cuestión previa. El accionante, en su escrito de alegatos de conclusión, reitera la solicitud formulada ante el tribunal de instancia acerca de suspender el proceso por prejudicialidad, comoquiera que ante la jurisdicción ordinaria laboral demandó a Porvenir, Colfondos y Colpensiones con el fin de obtener la nulidad de los traslados efectuados a las primeras.

No obstante, con memorial de 12 de diciembre de 2016, allega al expediente copia del fallo emitido por el Juzgado Tercero Laboral de Pasto el 21 de noviembre del mismo año, por el cual se declaró (i) la nulidad de su afiliación a Porvenir y Colfondos el 12 de mayo de 1995 y el 1º de junio de 2003, en su orden, y (ii) que el actor cumplía el requisito de la edad para acceder al régimen de transición para el 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigor la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento respecto de la solicitud formulada por el accionante tendiente a la suspensión del proceso por prejudicialidad y en atención a que en el aludido proceso ordinario laboral se vinculó a Colpensiones como parte pasiva, al momento de decidir el fondo del asunto se tendrá en consideración el mencionado fallo de 21 de noviembre de 2016.

3.3 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación¹, corresponde en esta oportunidad a la Sala (i) determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación de conformidad con el artículo 6º del

¹ Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley»; asimismo, «El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella».



Decreto 546 de 1971, o por el contrario, le es aplicable la Ley 100 de 1993, toda vez que perdió el beneficio del régimen de transición al haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad y luego regresar al de prima media con prestación definida, pues no colmaba los 15 años de servicios a la entrada en vigor de aquella normativa; y (ii) de ser cierta la primera hipótesis, establecer si el ingreso base de liquidación pensional debe calcularse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la mencionada Ley 100.

3.4 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) Según registro civil de nacimiento del accionante, nació el 29 de abril de 1953 (f. 38).

b) Conforme a constancia de servicios prestados de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Pasto, el demandante laboró desde el 1.º de septiembre de 1985 hasta el 20 de junio de 1988, del 6 de julio de 1989 al 6 de agosto de 1989, desde el 9 de agosto hasta el 4 de octubre de 1989, del 20 de octubre al 10 de noviembre de 1989 y desde el 3 de septiembre de 1990 hasta el 6 de octubre de 1992, como escribiente, secretario y juez municipal (f. 69).

c) De acuerdo con certificado de información de la Fiscalía General de la Nación, el accionante trabajó entre el 1º de julio de 1992 y el 9 de octubre de 2002 y cotizó a Cajanal hasta el 30 de mayo de 1995, como fiscal delegado ante jueces del circuito (f. 71).

d) De conformidad con certificado de información laboral de la Procuraduría General de la Nación, el actor prestó sus servicios desde el 10 de octubre de 2002 hasta el 13 de julio de 2008, como procurador judicial II; hasta el 31 de enero de 2004 cotizó a fondo privados y a partir del 1º de febrero de 2004, al ISS (f. 66).

e) A través de certificado de salarios mes a mes, la Fiscalía General de la Nación da cuenta de que el demandante cotizó sobre la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima especial de servicios, la bonificación por servicios prestados, las primas de navidad, servicios y vacaciones entre 1998 y 2002 (ff. 283 a 285).

f) En certificación de salarios mes a mes, la Procuraduría General de la Nación indica que el actor cotizó sobre la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima especial de servicios y la bonificación judicial de julio de 2007 a julio de 2008 (f. 325).

g) Con comunicación de 15 de noviembre de 2009 de Citi Colfondos, se informa que el demandante se trasladó al ISS el 22 de junio de 2004 (f. 78).

h) Mediante Resolución 4714 de 24 de marzo de 2010, el liquidado Instituto de



Seguros Sociales atendió la solicitud del demandante de 27 de octubre de 2009, en el sentido de negarle el reconocimiento de la pensión de jubilación deprecada, al haber perdido el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y no colmar las condiciones de la Ley 797 de 2003 (ff. 95 y 96).

i) A través de Resoluciones 1295 de 27 de marzo de 2009 y 1949 de 7 de julio de 2010 del extinguido ISS (ff. 39 a 41 y 42 a 45), se le negó al accionante su solicitud de 11 de julio de 2008 de reconocimiento de la pensión especial de jubilación, prevista en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971. Asimismo, indica que el accionante laboró para la rama judicial 2919 semanas.

j) Por medio de Resolución 3276 de 25 de octubre de 2010, el ISS concede pensión de jubilación al demandante, en cumplimiento de un fallo de tutela, de manera transitoria, a partir del 1° de noviembre de 2010, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para ese año (f. 46 y 47); modificada con Resolución 596 de 10 de marzo de 2011, en el sentido de reconocer tal pensión de acuerdo con el Decreto 546 de 1971, con el 75% de la asignación mensual más elevada devengada durante el último año de servicios, desde el 14 de julio de 2008 (ff. 342 a 347).

k) Con sentencia de 21 de noviembre de 2016 el Juzgado Tercero Laboral de Paso accede a las pretensiones formuladas por el aquí actor dentro de la demanda 52001-31-05-003-2014-00425-00 promovida contra Colpensiones, Porvenir y Colfondos, en el sentido de declarar la nulidad de su afiliación a las dos últimas el 12 de mayo de 1995 y el 1° de junio de 2003, en su orden, y que aquel cumplía el requisito de la edad para ser beneficiario del régimen de transición para el 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigor la Ley 100 de 1993.

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que el actor (i) nació el 29 de abril de 1953, (ii) laboró para la rama judicial desde el 1.° de septiembre de 1985 hasta el 20 de junio de 1988, del 6 de julio de 1989 al 6 de agosto de 1989, desde el 9 de agosto hasta el 4 de octubre de 1989, del 20 de octubre al 10 de noviembre de 1989 y desde el 3 de septiembre de 1990 hasta el 6 de octubre de 1992, (iii) prestó sus servicios en condición de fiscal delegado ante jueces del circuito entre el 1° de julio de 1992 y el 9 de octubre de 2002, y (iv) trabajó como procurador judicial II del 10 de octubre de 2002 al 13 de julio de 2008, es decir, que completó como tiempo de servicios más de 20 años. Asimismo, se tiene que cotizó a Cajanal hasta el 30 de mayo de 1995, cuando se afilió a Porvenir, y a partir del 1° de febrero de 2004 efectuó aportes al ISS.

Ahora bien, ha de advertirse que el accionante se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993², puesto que

² En dicha norma se dispuso que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral (1° de abril de 1994) contaran con 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, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión



para el 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, no obstante, comoquiera que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y regresó a aquel, sería del caso determinar, en principio, si como consecuencia de tal situación, perdió los beneficios del régimen de transición de la aludida Ley 100, si no fuera porque, mediante sentencia de 21 de noviembre de 2016, el Juzgado Tercero Laboral de Pasto accedió a las pretensiones formuladas por el aquí actor dentro de la demanda 52001-31-05-003-2014-00425-00 promovida contra Colpensiones, Porvenir y Colfondos, en el sentido de declarar la nulidad de su afiliación a las dos últimas el 12 de mayo de 1995 y el 1º de junio de 2003, en su orden, y que aquel cumplía el requisito de la edad para ser beneficiario del régimen de transición para el 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigor la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, en atención a que la jurisdicción ordinaria laboral invalidó los traslados efectuados por el accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, se crea la ficción jurídica consistente en que nunca existieron y, en ese orden de ideas, el demandante no perdió los beneficios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tal como el Juzgado Tercero Laboral de Pasto lo declaró; todo lo contrario, es acreedor de dicho régimen, al haber tenido, se insiste, más de 40 años de edad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social en pensiones; en consecuencia, le asiste el derecho a obtener su pensión de jubilación bajo el régimen anterior que lo amparaba (Decreto 546 de 1971³), tal como lo concluyó el *a quo*.

Por otra parte, en lo concerniente al ingreso base de liquidación pensional, motivo de inconformidad por parte de la entidad apelante, cabe precisar, *prima facie*, que el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 preceptúa que los 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*» (se subraya). Respecto de esta norma, la Corte Constitucional⁴ precisó:

[...] En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁵, tal como se

de jubilación respecto a la edad, tiempo de servicio y monto de la misma se les aplicará el régimen anterior.

³ Según el cual «Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y **cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público**, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas» (se destaca).

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013.

⁵ El artículo 36 indica: “**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



desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con **los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo**. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36... [...]

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: (i) para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) “el promedio de lo devengado en el tiempo que les *hiciera falta*” para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo “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”. (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo *ibídem* solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100, el cual indica:

“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 diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este 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.”

El precitado derrotero fue acogido por la sala de lo contencioso-administrativo del

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. || 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” (negrilla fuera del texto).



Consejo de Estado, al estudiar un caso en el que se reclamaba el reajuste de la pensión de jubilación en virtud de la Ley 33 de 1985, mediante sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01 (4403-2013), consejero ponente César Palomino Cortés, en la que se fijaron las siguientes reglas de interpretación en torno al tema, al considerar:

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 décadas⁶.

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 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.

⁶ 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.



De acuerdo con la anterior normativa y la jurisprudencia citada, nótese que en criterio de la Corte Constitucional y la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliados al entrar en vigor aquella; por ende, en virtud del principio de favorabilidad, la correspondiente entidad de previsión social, al momento de la liquidación pensional deberá determinar el ingreso base de liquidación que le fuera más benéfico al pensionado, en la medida en que la Ley 100 de 1993 permite optar por (i) el promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hiciera falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 (1° de abril de 1994) y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) el promedio de lo aportado durante todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor (IPC); o (iii) el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, conforme al artículo 21 *ibidem*.

Ahora bien, para efectos de determinar los factores sobre los cuales se debieron efectuar cotizaciones, cabe anotar que con el Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se incorporaron el sistema general de pensiones a los servidores públicos (i) de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas; y (ii) del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República; en cuyo artículo 6° se estableció el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema de tales servidores, modificado por el Decreto 1158 de 1994, que previó los siguientes factores sobre los que se debe efectuar aportes: a) asignación básica mensual, b) gastos de representación; c) prima técnica, cuando sea factor de salario; d) primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor salarial; e) remuneración por trabajo dominical o festivo; f) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; y g) bonificación por servicios prestados.

Por consiguiente, dado que al 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993) al actor le faltaban más de 10 años para adquirir la pensión de jubilación, esta le debe ser calculada con el 75% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993. De acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales relacionados con la materia, en el IBL pensional se deberán incluir los factores sobre los cuales se hayan efectuado los correspondientes aportes, además de los previstos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC), en atención a las certificaciones de «salarios mes a mes» obrantes en los folios 283 a 285 y 325 del expediente, emitidas por la Fiscalía y la Procuraduría Generales de la Nación.



Resulta oportuno anotar que si bien los fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en los cuales se precisó la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en particular, en lo que dice relación con el ingreso base de liquidación pensional, fueron dictados con posterioridad a la providencia de primera instancia, la sala plena de esta Corporación advirtió que *«[...] 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»*.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda, y se modificará respecto del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del actor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º Confírmase parcialmente la sentencia de veintiséis (26) de julio de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca (sala de decisión primera), que accedió a las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor Juan Coral Eraso contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), conforme a la parte motiva.

2.º Modifícase el ordinal segundo de la parte decisoria del fallo de primera instancia, en el sentido de que la pensión de jubilación del accionante debe ser calculada con el 75% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993. En el IBL pensional se deberán incluir los factores sobre los cuales se hayan efectuado los correspondientes aportes, además de los previstos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC), en atención a las certificaciones de «salarios mes a mes» obrantes en los folios 283 a 285 y 325 del expediente, emitidas por la Fiscalía y la Procuraduría Generales de la Nación, de conformidad con la motivación de la presente providencia.

3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.



Expediente: 19001-23-31-000-2011-00144-01 (1502-2015)
Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Juan Coral Eraso contra Colpensiones

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Impedida

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS