



Función Pública

Sentencia 2010-00846 de 2020 Consejo de Estado

RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO / COMPARTIBILIDAD PENSIONAL / COMPATIBILIDAD PENSIONAL / PROHIBICIÓN DE RECIBIR DOS EROGACIONES DEL TESORO PÚBLICO

[C]uando se da la figura de la compartibilidad pensional el reconocimiento y pago de la prestación social, inicialmente la asume el patrono pero cuando se satisfagan los requisitos exigidos por el I.S.S., éste asumirá su obligación y el patrono cesará en el pago de dicha prestación, salvo que el I.S.S. cuando reconozca la prestación lo haga en cuantía inferior a la que, conforme al régimen general, tienen derecho los servidores públicos en general, ante lo cual el patrono deberá cubrir la diferencia resultante y por ello se habla de pensión compartida. Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez subroga al patrono en la obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación (aunque no tenga la misma denominación) y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el patrono bajo la normatividad que rige a los empleados públicos y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. La ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales los funcionarios perciban dos pensiones a cargo de diferentes Instituciones. [...] [E]s distinto el concepto de la compartibilidad y el de compatibilidad, pues el primero surge una vez se empieza a pagar la de vejez por el ISS, se comparte su valor con la que venía siendo pagada por la empresa, reconocida a partir del 17 de octubre de 1985 siendo de cuenta de esta última su mayor valor, si lo hubiere, mientras que en el segundo no se confunden o comparten los valores de una y otra pensión, las dos se pagan separadamente, una por el Instituto y otra por la empleadora. [...] [E]n el presente caso operó la figura de compartibilidad, ya que posteriormente al retiro del demandante en el año 1998 y haberse reconocido una pensión por parte de Electricaribe, en virtud de la compartibilidad pensional, la entidad patronal, continuó realizando los respectivos aportes al ISS y asumió el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta tanto se cumplieran los requisitos que contemplaba el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrecía el ISS, para que éste, ahora sí en forma definitiva, asuma la carga prestacional concreta frente a su afiliado.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN SERVIDOR PÚBLICO / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL - Sentencia de 28 de agosto de 2018 / MESADA CATORCE

[L]a Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación unificó su criterio en torno al IBL de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, específicamente, fijó dos subreglas referentes: i) al periodo que debe tenerse en cuenta para liquidar el IBL de las mismas, y ii) los factores salariales que deben incluirse para dicho efecto. [...] [E]n cuanto al periodo se dispuso que el IBL, para aquellas personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 les faltare más de 10 años para adquirir el derecho prestacional, corresponderá al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión; de lo contrario, esto es, si les faltare menos de 10 años, 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. [S]e precisó que los factores salariales que deben incluirse son únicamente (i) aquellos respecto de los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones y (ii) que se encuentren consagrados expresamente en la ley. [...] [T]eniendo en cuenta que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaba más de 10 años para acreditar los requisitos para acceder al derecho a la pensión, el IBL aplicable para el caso concreto corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional (...) con la inclusión de los factores salariales sobre los que se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema pensional y que se encuentren consagrados expresamente en la ley, en ese entendido deben computarse los emolumentos indicados por el Decreto 1158 de 1994. [...] [E]n cuanto a lo solicitado por el demandante que se incluya el reconocimiento de la mesada 14, se advierte que el Artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 22 de julio de 2005, prohibió la posibilidad de recibir catorce mesadas, limitando su número a 13, para los pensionados de todos los sectores, sin distinción alguna, que causen su derecho pensional a partir de la entrada en vigencia del citado acto, esto es, con posterioridad al 25 de julio de 2005, exceptuando de lo anterior a aquellas personas que devenguen una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes podrían continuar devengado 14 mesadas.

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 / LEY 90 DE 1976 - ARTÍCULO 76 / LEY 90 DE 1976 - ARTÍCULO 77 / Decreto 758 de 1990 - ARTÍCULO 18 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 36

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Bogotá D.C., cinco (05) de noviembre de dos mil veinte (2020)
Radicación número: 13001-23-31-000-2010-00846-02(3314-15)

Actor: NÉSTOR CORONADO OTERO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
Referencia: RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN - COMPARTIBILIDAD PENSIONAL
I. ASUNTO

La Sala de Subsección A decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia 16 de diciembre de 2014,

proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar¹, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor Néstor Coronado Otero en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda².

2.1.1. Pretensiones.

El señor Néstor Coronado Otero, por intermedio de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo³, solicitó declarar la nulidad de la Resolución No. 011220 del 28 de mayo de 2009, que negó el reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985; de la Resolución No. 0023489 del 09 de noviembre de 2009, por medio de la cual resolvió el recurso de reposición; y de la Resolución No. 0372 del 22 de febrero de 2010, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la entidad demandada lo siguiente: (i) Condenar al Instituto de Seguro Social – ISS⁴ ahora Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar a partir del momento en que el actor cumplió los 55 años de edad una pensión mensual vitalicia, conforme lo consagra el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, concordante con el artículo 13 de la misma Ley; (ii) liquidar el valor de la mesada pensional con el número de semanas cotizadas (31 años), así como el porcentaje del valor de la mesada sea únicamente sobre el valor del ingreso base de cotización, que se le efectuó al ISS, en el mes de febrero de 2007; (iii) reconocer la mesada 14 por ser acreedor al régimen de transición especial previsto en la Ley 33 de 1985 y no aplicarle la normatividad del acto legislativo 01 de 2005; (iv) cancelar el valor de las mesadas pensionales causadas y dejadas de pagar durante cada año, a partir del 13 de febrero de 2007 fecha en la que cumplió con el requisito de edad; (v) aplicar los aumentos ordenados por el gobierno nacional desde el año 2007; (vi) que todas las sumas reconocidas al demandante se le aplique la indexación monetaria y los intereses moratorios en la forma prevista en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; (vii) las sumas reconocidas se les aplique lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del C.C.A.

2.1.2. Hechos.

El demandante, a través de apoderada, señaló como fundamentos fácticos relevantes los siguientes:

1. El actor prestó sus servicios para la Electrificadora de Bolívar SA. ESP de manera continua desde el 17 de febrero de 1975 hasta el 31 de diciembre de 1998, es decir 23 años, 10 meses y 14 días.
2. Que conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 el empleado oficial que cumpla 20 años de servicio y 55 años de edad, tiene derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación, el día 13 de febrero de 2007.
3. Indicó que la entidad para la cual trabajaba le siguió pagando aportes para pensión al ISS, por lo que a la fecha de la solicitud de la pensión, tenía 31 años de aportes.
4. Sostuvo que la entidad demandada mediante Resolución No. 011220 del 28 de mayo de 2009 negó la prestación solicitada, pues consideró que el demandante no reunía los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.
5. Señaló que el demandante interpuso recurso de reposición y apelación, con fundamento en que conforme a los estatutos de la Electrificadora de Bolívar, el demandante tenía la calidad de empleado oficial, por lo que le era aplicable la Ley 33 de 1985.
6. El recurso de reposición fue resuelto mediante Resolución No. 0023489 del 09 de noviembre de 2009, y el recurso de apelación mediante Resolución No. 0372 del 22 de febrero de 2010, las cuales confirmaron en su integridad la resolución recurrida, y señalaron que al actor si bien le era aplicable el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se le podía reconocer la pensión conforme al Decreto 758 de 1990, por no tener la edad requerida.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Como normas vulneradas citó los artículos 13, 48, 53 de la Constitución Política; artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el concepto de violación explicó que se desconoció en los actos acusados el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que el demandante reunió los requisitos para pensionarse desde el 13 de febrero de 2007, conforme al régimen legal que gobierna su situación pensional en lo que respecta a edad, tiempo de servicio cotizado y monto de la mesada pensional, es decir la Ley 33 de 1985.

Indicó que conforme a los estatutos allegados de la Electrificadora de Bolívar sus empleados eran trabajadores oficiales, por lo que el demandante es empleado oficial, y al tener dicha condición le es aplicable lo dispuesto por la Ley 33 de 1985.

2.2. Contestación de la demanda⁵.

El ISS ahora Colpensiones, por intermedio de apoderada judicial, señaló que el actor no acreditó la condición de empleado público que le permita

ser beneficiario del régimen legal contenido en la Ley 33 de 195, situación ésta que lo sitúa dentro del marco legal previsto por la Ley 100 de 1993, esto es, el señor Néstor Coronado le será aplicado lo contemplado por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir deberá acreditar haber cumplido los sesenta años de edad y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo, no habiendo alcanzado la edad requerida para que le sea reconocida pensión alguna.

2.3. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencia de 16 de diciembre de 2014⁶, consideró que se encontraba demostrado que el actor laboró con la Electrificadora de Bolívar S.A. (que fue sustituida como patrono el 4 de agosto de 1998 por Electrocosta S.A. E.S.P.) desde el 17 de febrero de 1975 hasta el 31 de diciembre de 1998, fecha en la que fue pensionado por la empresa.

Por otro lado, indicó que según los estatutos de la Electrificadora de Bolívar S.A. estaba sometida al régimen jurídico previsto por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por lo que se demostró que el demandante laboró 23 años de servicios prestados al sector oficial, lo que quiere decir que, por ser beneficiario del régimen de transición, el marco jurídico aplicable es la Ley 33 de 1985.

Sin embargo, advirtió que la circunstancia de haber adquirido la pensión de jubilación convencional a cargo de Electricaribe S.A. E.S.P. en el año 1998, hace improcedente el reconocimiento de una segunda pensión de jubilación legal, conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

Agregó que, debe tenerse en cuenta, que para saber cuándo una pensión extralegal o convencional es compatible con la pensión legal, y cuando es compartida o reemplazada por la pensión legal, tiene en la ley, y en la jurisprudencia dos momentos diferentes: antes y después de la reforma legal introducida por el Decreto 2879 de 1985, la cual cambió el carácter compatible de las pensiones extralegales con la vejez reconocida por el seguro social, a compartibles, la cual no se aplicará cuando la respectiva convención o pacto colectivo haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el ISS.

Aseveró que, las regulaciones que hacen compatibles las pensiones de jubilación convencionales, están referidas a las pensiones de vejez que se financian con cotizaciones hechas a esa entidad de previsión social, pero no a las pensiones de jubilación reguladas en el sector público, pues por disposición constitucional, nadie podrá recibir más de una asignación proveniente del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

En consecuencia, señaló que no es posible conceder una segunda pensión de jubilación con fundamento en la ley del sector público, respecto de un trabajador oficial que ya disfruta de una pensión de carácter convencional, siendo que ambas se originan en el mismo tiempo de servicios.

Finalmente, indicó que el demandante eventualmente podía reclamar ante el ISS la pensión de vejez, cuando reuniera los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, pues de dicha prestación de la que podría predicarse la compatibilidad pensional.

2.4. Recurso de apelación.

La parte demandante⁷, por conducto de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al señalar que en ninguno de los actos administrativos demandados se expuso por el ISS el argumento de que el actor no se le podía reconocer la pensión, por cuanto gozaba de una pensión convencional, otorgada por la empresa, es más, ni siquiera en sede administrativa, argumentó la parte demandada esta situación, razón por la cual no le era dable a la Sala, fundamentar su decisión, en un argumento que no fue tenido en cuenta por la entidad demandada para proferir su decisión en sede administrativa.

Afirmó que, el *a quo* demuestra un desconocimiento sobre la materia, toda vez que la pensión convencional, cuando expresamente lo permite el acuerdo convencional, no hace improcedente ninguna de las prestaciones económicas como la reclamada, ya que entre la pensión de vejez y la pensión reconocida con fundamento en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 pensión que no está siendo asumida por la misma entidad del estado, sino por el ISS, por la subrogación que hizo la otra empresa, tanto es así que la discusión entre las partes, consiste en establecer desde cuando el seguro social, debe reconocer la pensión, esto es, desde el momento que cumplió los 55 años de edad, es decir el 13 de febrero de 2007, o como aduce la demandada, desde el 13 de febrero de 2012.

Agregó que, se desconoció que existen dos normas que se pueden aplicar, como es para el caso del demandante la Ley 33 de 1985 y el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, debe preferirse a la norma más beneficiosa para el demandante, como lo ha sostenido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

2.5. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

2.7. Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Esta Subsección es competente para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129⁸ del Código Contencioso Administrativo.

3.2. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala de Subsección establecer: (i) si en el presente caso se presenta la figura de la compatibilidad o la compartibilidad respecto de la pensión reconocida por el empleador del señor Néstor Coronado Otero con aquella que reclama ante Colpensiones; (ii) si el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; (iii) determinar si la entidad demanda debe reconocer una pensión de vejez al actor conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 o en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990; y (iv) se deberá precisar la forma de calcular el IBL en el reconocimiento pensional.

Para resolver lo anterior, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) marco normativo y jurisprudencial de las figuras de compatibilidad y compartibilidad pensional; (ii) Régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; (iii) naturaleza jurídica de la entidad Electricaribe y si el demandante se desempeñó como empleado público, trabajador oficial o trabajador particular, y en consecuencia determinar el régimen pensional aplicable; y (iv) la forma de liquidación del IBL de la pensión.

3.3. De la compartibilidad y compatibilidad pensional

La Ley 90 de 1976 “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”, en lo particular ordenó:

“ARTÍCULO 1. Establécese el seguro social obligatorio de los trabajadores contra los siguientes riesgos:

- a) Enfermedades no profesionales y maternidad Invalidez y vejez.
- b) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y
- c) Muerte.

ARTICULO 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley.

ARTICULO 77. Mientras el seguro social obligatorio no esté en condiciones de tomar a su cargo el riesgo de cesantía, continuarán rigiendo las disposiciones vigentes sobre la materia.

ARTICULO 60. El Seguro Social Obligatorio creado por la Ley 90 de 1946, cubrirá los siguientes riesgos:

- a). enfermedad no profesional y maternidad;
- b). Accidentes de trabajo y enfermedad profesionales;
- c). Invalidez, vejez y muerte;
- d). Asignaciones familiares.”

Luego, el Decreto 433 de 1977. “Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”, estableció:

“ARTICULO 20. Estarán sujetos al Seguro Social Obligatorio en los términos del presente Decreto, las siguientes personas:

- b). Los trabajadores que presten sus servicios a la Nación, los Departamentos y los Municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, y todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional, departamental o municipal, que para los efectos del Seguro Social Obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares.

El Instituto podrá contratar con entidades administrativas y docentes distintas a las señaladas en el inciso anterior la prestación de servicios en uno o varios de los seguros que administra;”

Así mismo, el Artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, dispuso:

"Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

La obligación de seguir cotizando al seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales."

Luego, el Decreto 758 de 1990 *"Por el cual se aprueba el acuerdo número 049 de febrero 1º de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios"*, dispuso:

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

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

(...)

ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado. (resaltado fuera de texto)

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales."

Las anteriores disposiciones estipularon la "compartibilidad" de las pensiones entre el empleador y el Instituto de Seguros Sociales para aquellas que el empresario reconociera a sus trabajadores, bien fuera de carácter legal (artículo 16), por sanción ante el despido injusto (artículo 17) o para las extralegales por convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente (artículo 18). El empleador debía seguir realizando los aportes a la seguridad social en pensiones al ISS, hasta que el trabajador cumpliera con los requisitos de ley para el reconocimiento de la pensión de vejez a la que tuviere derecho. El reconocimiento que hacía el ISS por pensión de vejez liberaba al empleador de pagar la prestación de jubilación, pero si el valor de la pensión que otorgara dicho instituto resultaba inferior al valor que el empleador reconoció como pensión extralegal o legal, estaría a cargo de este último el mayor valor que reconoció.

Así las cosas, cuando se da la figura de la compartibilidad pensional el reconocimiento y pago de la prestación social, inicialmente la asume el patrono pero cuando se satisfagan los requisitos exigidos por el I.S.S., éste asumirá su obligación y el patrono cesará en el pago de dicha prestación, salvo que el I.S.S. cuando reconozca la prestación lo haga en cuantía inferior a la que, conforme al régimen general, tienen derecho los servidores públicos en general, ante lo cual el patrono deberá cubrir la diferencia resultante y por ello se habla de pensión compartida.

Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez subroga al patrono en la obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación (aunque no tenga la misma denominación) y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el patrono bajo la normatividad que rige a los empleados públicos y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. La ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales los funcionarios perciban dos pensiones a cargo de diferentes Instituciones.

En ese orden, es dable aclarar que, frente a las pensiones, es distinto el concepto de la compartibilidad y el de compatibilidad, pues el primero surge una vez se empieza a pagar la de vejez por el ISS, se comparte su valor con la que venía siendo pagada por la empresa, reconocida a partir del 17 de octubre de 1985⁹ siendo de cuenta de esta última su mayor valor, si lo hubiere, mientras que en el segundo no se confunden o comparten los valores de una y otra pensión, las dos se pagan separadamente, una por el Instituto y otra por la empleadora¹⁰.

A hora bien, el Consejo de Estado¹¹ explicó así la pensión compartida:

«[...]

Cuando una entidad oficial había afiliado a sus funcionarios públicos al Instituto de los Seguros Sociales, se tenía esta situación: los servidores tenían derecho a la pensión de jubilación pues laboraban bajo una relación legal y reglamentaria y el hecho de la afiliación al ISS no cambiaba su régimen laboral, pero este Instituto, reconocía la pensión de vejez, de manera que era necesario hacer compatibles los dos regímenes

pensionales, el de jubilación con el de vejez. La armonización de estos regímenes se obtuvo aplicando a esta situación el mecanismo de la subrogación de la pensión de jubilación o de la compartibilidad, según el cual era el empleador quien reconocía y pagaba la pensión a que estaba obligado antes de lo previsto en los reglamentos del Seguro quien además seguía cotizando al ISS hasta que el trabajador tuviera derecho a la pensión de vejez, y reconocida la de vejez, el Instituto de los Seguros Sociales se subrogaba en el pago de la pensión. Si la pensión reconocida inicialmente por el empleador era superior a la de vejez reconocida por el ISS, entonces aquel pagaba el mayor valor entre ambas [...]». (Subrayas fuera de texto).

En este sentido, se observa que esta figura permite a los empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones compartir su pago con el Instituto de los Seguros Sociales, siempre y cuando coticen a este durante el tiempo exigido para que el trabajador cumpla con los requisitos para acceder a la pensión legal, momento en el cual el Instituto asumirá su pago y el empleador quedará a cargo de las diferencias entre la pensión que reconoció el empleador inicialmente y la reconocida por el ISS.

Ahora bien, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, las universidades públicas reconocían y pagaban las pensiones de jubilación de sus empleados y trabajadores, por regla general, bien como empleadores o bien a través de cajas o fondos autorizados¹².

Respecto de la finalidad de esta figura, la Corte Suprema de Justicia¹³ consideró:

«[...]»

La naturaleza y concepto de la obligación pensional a cargo de los empleadores y la que corresponde a la subrogación de este riesgo por parte del Instituto de Seguros Sociales; así como y en dicho contexto, las nociones de compartibilidad y compatibilidad de tal prestación, ha sido estudiada por ésta Corte en diferentes oportunidades en las que se reitera su doctrina.

Al respecto esta Sala ha dicho:

1-. Filosofía y evolución normativa y jurisprudencial de la asunción de riesgos por el I.S.S.

La Ley 90 de 1946 estableció en Colombia un sistema de subrogación de riesgos al Instituto de Seguros Sociales, de origen legal. Así se desprende de la lectura del artículo 72 cuando prescribió que las “prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso...”

A su vez, el artículo 76 dispuso que “El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior...”

De suerte que desde entonces existe claridad que la norma matriz de la seguridad social colombiana dispuso que las pensiones asumibles inicialmente por el seguro social eran las reglamentadas en dicha “ley”, las que venían figurando a cargo de los patronos en la “legislación anterior”; y por tanto, la pensión de jubilación que se transmutaba en pensión de vejez es la “que ha venido figurando en la legislación anterior...”

Corrobora lo anterior la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de justicia del 9 de septiembre de 1982, que declaró exequibles los artículos 193 y 259 del C.S del T., 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; 8, 24, 43 y 48 del Decreto extraordinario 1650 de 1977, en cuanto de ese importante pronunciamiento constitucional se desprende que la composición, extensión, condiciones y limitaciones del régimen de las prestaciones de los seguros sociales obligatorios a cargo del ISS quedó sometido a esas normas y a los respectivos reglamentos.

Por la misma razón expresó la doctrina constitucional de la época, aún vigente, que “por voluntad expresa del propio legislador ordinario se crearon las siguientes situaciones jurídicas: a- de una parte al régimen legal sobre prestaciones sociales se le daba un carácter eminentemente transitorio; y b- por otro lado, las prestaciones sociales indicadas quedaban sometidas a una auténtica condición resolutoria, la cual venía a cumplirse en la oportunidad en la cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumiera los riesgos correspondientes” (subraya ahora la Sala).

[...]

En desarrollo de tal normatividad legal se expidió el Acuerdo 224 de 1966 del I.S.S., aprobado por el Decreto 3041 de 1966, que en los artículos 60 y 61 reguló la subrogación paulatina por el I.S.S. de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 260 del código laboral y previó consecuencias para la pensión sanción, ambas de indiscutible origen legal”.

De modo tal, que bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales tan solo podía, por mandato de la ley, asumir gradual y progresivamente las pensiones de creación estrictamente legal, esto es las consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, tal como lo dispuso también el artículo 259 del mismo estatuto, al señalar que “Las pensiones de jubilación . . . dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto” [...]».

A su vez, la Corte Constitucional ha definido la compartibilidad como:

«[...]»

“La compartibilidad pensional consiste en la protección que se otorga al monto del ingreso pensional del jubilado, cuando el mismo cumple con todos los requisitos para acceder al pago de la pensión vitalicia de vejez, por parte de la entidad administradora de tales recursos. Lo anterior ocurre, por ejemplo, cuando la entidad en la cual se encuentra laborando el trabajador prevé condiciones más favorables para acceder a la pensión que la prescritas para la generalidad de los trabajadores. En tales circunstancias, la empresa empleadora asume el pago de las mesadas hasta tanto el empleado cumpla la edad y el tiempo de cotización exigidos por la ley para todas las personas.”

La pensión compartida se da cuando el empleador le reconoció a su ex trabajador pensión de vejez en virtud de una convención o acuerdo extra legal por un monto determinado y estipuló que dicha pensión será posteriormente compartida con la reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, en la actualidad por Colpensiones.

De esta forma, cuando la empresa a la que se encontraba vinculado laboralmente el trabajador contemplaba el cumplimiento de requisitos más favorables para acceder a la pensión que los exigidos por el régimen general, el empleador asume el pago de las mesadas hasta que el trabajador cumpla la edad y el tiempo de cotización exigidos por la ley para todas las personas. En caso que el monto de la pensión reconocida por el empleador sea superior al reconocido por Colpensiones, deberá el empleador reconocer y pagar la diferencia [...].

Ahora bien, precisado lo anterior, revisado el expediente se encuentra que mediante Resolución No. 011220 del 28 de mayo de 2009¹⁴, el ISS ahora Colpensiones negó la pensión de vejez solicitada por el actor al determinar que el demandante no reunía el requisito de edad para hacerse acreedor de la pensión reclamada según lo dispuesto en el Decreto 049 de 1990. Así mismo, señaló que el demandante no reunía los requisitos dispuestos en la Ley 33 de 1985, pues no presentaba cotizaciones al sector público. Finalmente, refirió que el demandante tampoco acreditaba los requisitos para acceder a una pensión de vejez conforme lo consagrado en la Ley 797 de 2003.

Luego, mediante Resolución No. 00023489 del 09 de noviembre de 2009¹⁵, la entidad demandada resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte actora, y confirmó en todas sus partes la Resolución 011220 del 28 de mayo de 2009.

Posteriormente, por Resolución No. 0372 del 22 de febrero de 2010¹⁶, la entidad resolvió recurso de apelación, y confirmó en todas sus partes la Resolución 011220 del 28 de mayo de 2009.

Por otro lado, obra certificación expedida por la empresa Electricaribe¹⁷ en la cual hace constar lo siguiente:

“Que revisada la Hoja de Vida del señor (a) NESTOR CORONADO OTERO, identificado (a) con la cédula de ciudadanía No. 9.079.164, se constató que laboró con la Electrificado de Bolívar S.A. ESP en Liquidación desde el 17 de febrero de 1975, habiéndose sustituido el empleador a partir de Agosto 04 de 1998, en virtud de un convenio de sustitución de activos suscrito entre la Electrificadora de Bolívar SA ESP en Liquidación y la Electrificadora de la Costa SA ESP (ELECTROCOSTA SA ESP), y con ELECTROCOSTA S.A. E.S.P. desde agosto de 1998 hasta 31 de diciembre de 1998 fecha en que fue pensionado por la Empresa

Que la sociedad Electrocosta S.A. E.S.P. se fusionó con Electricaribe S.A. E.S.P., mediante Resolución No. 630000463 emitida por la superintendencia de sociedades, la cual se formalizó el 31 de diciembre de 2007”.

Por otro lado, obra la Relación de Novedades de Autoliquidación de Aportes Mensuales expedido por el ISS¹⁸, del cual se desprende que la empresa Electricaribe ESP SA ha realizado cotizaciones de pensión a favor del demandante desde enero de 1995 a noviembre de 2009. Así mismo, se advierte que reporta cotizaciones interrumpidas a dicho instituto por la Empresa Electrificadora Bolívar S.A. del 10 de enero de 1972 al 01 de enero de 1975, y del 17 de febrero de 1975 al 30 de noviembre de 1994.

Conforme a lo anterior, se advierte que según la constancia expedida por el empleador del demandante, éste laboró para dicha entidad desde el 17 de febrero de 1975 hasta el 31 de diciembre de 1998, fecha en la cual refiere que fue pensionado por la empresa.

Así mismo, una vez revisado el expediente no obra el acto administrativo mediante el cual la empresa Electricaribe reconoció la pensión al demandante. No obstante, conforme el reporte de semanas cotizadas al ISS se desprende que dicha empresa siguió cotizando para pensión después del retiro del servicio del demandante hasta noviembre de 2009.

En consecuencia, en el presente caso operó la figura de compartibilidad, ya que posteriormente al retiro del demandante en el año 1998 y haberse reconocido una pensión por parte de Electricaribe, en virtud de la compartibilidad pensional, la entidad patronal, continuó realizando los respectivos aportes al ISS y asumió el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta tanto se cumplieran los requisitos que contemplaba el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrecía el ISS, para que éste, ahora sí en forma definitiva, asuma la carga prestacional concreta frente a su afiliado.

3.4. Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Con la expedición de la Carta Política de 1991, que implicó un cambio de modelo en la estructura del Estado, tuvo lugar el surgimiento de un nuevo esquema de seguridad social que dio paso a la expedición de la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral en el que se determinaron dos regímenes: el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual, entre los cuales el afiliado podía elegir libremente, y en ambos contempló la posibilidad de que se tomara indistintamente el tiempo laborado o cotizado como trabajador del sector privado o en calidad de servidor público, de esta manera, fijó las nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen de transición pensional según el cual, quienes contaran con 15 años de servicios o 40 años de edad para los hombres, y 35 en el caso de las mujeres, quedaban sujetos a dicho régimen de transición y, por lo tanto, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía del régimen anterior que les fuera aplicable.

Respecto al ingreso base de liquidación (IBL) pensional de tales personas, 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.

En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1.º 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 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».

De acuerdo con la anterior normativa, es claro que el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 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.

En esa medida, en virtud del principio de favorabilidad, la 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 hiciere falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 (1.º 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 el artículo 6.º del Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993 estableció el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema de tales servidores, el cual fue 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.

De igual forma, esta Corporación precisó que de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48 y con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, los factores salariales a considerar son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren consagrados expresamente en la ley.

La anterior postura fue acogida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del 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.

Conforme a lo anterior se advierte que el demandante es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que a la entrada en vigencia de dicha norma, esto es el 01 de abril de 1994¹⁹ contaba con 40 años de edad²⁰ y más de 15 años de servicio²¹.

3.5. Naturaleza jurídica de Electricaribe S.A. y de sus empleados y régimen pensional aplicable al caso concreto.

Precisado el punto anterior, la Sala debe entrar a determinar la naturaleza jurídica de la empresa Electricaribe en la que laboró el demandante, con el fin de determinar si tiene derecho a que su pensión sea reconocida por la entidad demandada conforme a la Ley 33 de 1985 o conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

El Decreto Ley 3135 del 26 de diciembre de 1968²² de manera general, estableció los criterios para determinar quiénes son servidores públicos y quienes trabajadores oficiales, al señalar:

“(…) Artículo 5º.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante

contrato de trabajo.²³

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. (...)”²⁴

Por su parte, el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, en el artículo 2º previó que los empleados públicos son las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales; mientras que en el artículo 3º definió que los trabajadores oficiales, son quienes laboran en las entidades referidas en el inciso 1º del artículo 1º de ese mismo decreto²⁵, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas.

Ahora bien, revisado el expediente se advierte que obran los Estatutos de la Electrificadora de Bolívar S.A. para el año 1993, del cual se extrae lo siguiente:

“(…)

ARTÍCULO – 1. NATURALEZA JURÍDICA: La Electrificadora de Bolívar S.A., es una sociedad Anónima, clasificada legalmente como una Sociedad de Economía Mixta Que tiene el carácter de entidad descentralizada indirecta, perteneciente al Orden Nacional, de Nacionalidad Colombiana, vinculada al Sector Administrativo del Ministerio de Minas y Energía, Sociedad en la que por razón de que el Estado posee más del noventa por ciento (90%) de su capital social, se somete al régimen jurídico previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

(…)

ARTÍCULO 2: (...) las relaciones jurídicas de trabajo entre la Sociedad y las personas naturales a su servicio, se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la vinculación de los empleados oficiales, a la Administración Pública Nacional. Todas las personas que presten sus servicios a la Electrificadora de Bolívar S.A. son trabajadores oficiales y por lo tanto, estarían sometidos al régimen legal vigente para los mismos. No obstante lo anterior, son empleados públicos los siguientes funcionarios: gerente, los subgerentes, secretario general, auditor interno, superintendentes, los jefes de división, los jefes de departamentos, los analistas, los jefes de sección, los cajeros y los funcionarios que cumplan funciones de revisoría dependientes de la auditoría interna.

(Resaltado fuera de texto).

Así mismo, se advierte que para el 17 de febrero de 1995, el demandante cumplió 20 años exclusivos en el sector público, fecha para la cual Electricaribe era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, y conforme a los estatutos de dicha entidad el actor al haber desempeñado el cargo de jefe de departamento²⁶, ostentaba la calidad de empleado público.

Así las cosas, no queda duda, entonces, de que la situación del demandante se encuentra gobernada por el régimen pensional consagrado en la Ley 33 de 1985, ya que acreditó 20 años de servicio exclusivo al sector oficial. El artículo 1º de la mencionada norma establece:

“ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

En consecuencia, el actor tiene derecho a que Colpensiones como consecuencia de la subrogación pensional le reconozca una pensión de vejez conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, ya que adquirió el estatus de pensionado a partir del 13 de febrero de 2007, fecha para la cual cumplió los 55 años de edad.

3.6. Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 - IBL de las pensiones de jubilación reconocidas en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El Congreso de la República a través de la Ley 100 de 1993 creó el sistema general de pensiones, a través del cual unificó los regímenes anteriores, los cuales quedaron abolidos con la entrada en vigencia de dicha normativa. Sin embargo, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993, con la intención de proteger a aquellos trabajadores que se encontraban próximos a pensionarse bajo regímenes pensionales vigentes para ese momento.

Sobre el particular, se advierte que respecto a la aplicación del mencionado régimen de transición, específicamente en cuanto al periodo de liquidación y los factores para establecer el IBL, surgieron diferentes interpretaciones, entre ellas, esta Sección en sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010²⁷ consideró que no era taxativo el listado de factores salariales sobre los cuales se calcula el IBL de la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, al estimar que debían tenerse en cuenta aquellos factores que constituían salario, independientemente de la denominación que recibieran, es decir, todos los que se cancelaran de manera habitual como retribución directa por el servicio y no solamente los descritos en dicha normativa.

Posteriormente, la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017, SU-023 de 2018, entre otras, concluyó que el IBL no fue un aspecto sometido a la transición y, por ende, debía calcularse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 36, inciso 3.º, y 21 de la Ley 100 de 1993. Para ello, destacó la relación de correspondencia que existe entre los aportes que hace el empleado a lo largo de su vida laboral ante el sistema general de seguridad social y los principios de solidaridad y de

sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Finalmente, en la sentencia de 28 de agosto de 2018²⁸, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, unificó su jurisprudencia en relación con el IBL de las pensiones reconocidas con fundamento en el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Posición que deberá aplicarse con efectos retrospectivos «[...] 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»²⁹.

Pues bien, las reglas y subreglas jurisprudenciales fijadas en dicha providencia son las siguientes:

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

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

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

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

[...]

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

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

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los

factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema. (Negrilla de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación unificó su criterio en torno al IBL de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, específicamente, fijó dos subreglas referentes: i) al periodo que debe tenerse en cuenta para liquidar el IBL de las mismas, y ii) los factores salariales que deben incluirse para dicho efecto.

A manera de conclusión, en cuanto al periodo se dispuso que el IBL, para aquellas personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 les faltare más de 10 años para adquirir el derecho prestacional, corresponderá al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión; de lo contrario, esto es, si les faltare menos de 10 años, 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.

De igual forma, se precisó que los factores salariales que deben incluirse son únicamente (i) aquellos respecto de los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones y (ii) que se encuentren consagrados expresamente en la ley.

Así las cosas, en atención a la posición adoptada por esta Corporación en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 únicamente permite conservar las prerrogativas del régimen anterior, en cuanto la edad para consolidar el derecho pensional³⁰; el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas³¹ y el monto³².

En los términos expuestos teniendo en cuenta que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaba más de 10 años para acreditar los requisitos para acceder al derecho a la pensión, el IBL aplicable para el caso concreto corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, esto es de noviembre de 1999 a noviembre de 2009, con la inclusión de los factores salariales sobre los que se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema pensional y que se encuentren consagrados expresamente en la ley, en ese entendido deben computarse los emolumentos indicados por el Decreto 1158 de 1994³³.

Por otro lado, en cuanto a lo solicitado por el demandante que se incluya el reconocimiento de la mesada 14, se advierte que el Artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 22 de julio de 2005, prohibió la posibilidad de recibir catorce mesadas, limitando su número a 13, para los pensionados de todos los sectores, sin distinción alguna, que causen su derecho pensional a partir de la entrada en vigencia del citado acto, esto es, con posterioridad al 25 de julio de 2005, exceptuando de lo anterior a aquellas personas que devenguen una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes podrían continuar devengado 14 mesadas. Así las cosas, el reconocimiento de la mesada 14 al demandante quedará condicionada a que se encuentre dentro de las excepciones dispuestas en la mencionada norma, ya que adquirió su derecho pensional a partir del 13 de febrero de 2007, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo.

Por los anteriores motivos, se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se ordenará reconocer la pensión del actor en razón a la subrogación pensional a cargo de Colpensiones a partir del 13 de febrero de 2007, teniendo en cuenta el 75%, ya que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaba más de 10 años para acreditar los requisitos para acceder al derecho a la pensión, el periodo para liquidar dicha prestación económica corresponde al promedio de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, esto es de noviembre de 1999 a noviembre de 2009, con inclusión de los factores salariales sobre los que se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema pensional y que se encuentren consagrados expresamente en la ley, en ese entendido deben computarse los emolumentos indicados por el Decreto 1158 de 1994. Así mismo, será de cuenta del empleador (Electrocosta) únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por Colpensiones y la que se venía cancelando al pensionado.

3.7. Prescripción

En el presente asunto, comoquiera que el actor presentó recurso de reposición y en subsidio apelación dentro del término de ejecutoria de la Resolución 011220 del 28 de mayo de 2009, que negó el reconocimiento de la pensión de vejez, y acudió a esta jurisdicción el 13 de octubre de 2010, no operó el fenómeno de la prescripción trienal.

3.8. Reconocimiento de poder

Revisado el expediente, se observa que a folios 375-378 obra poder especial conferido por la parte demandada al doctor José Octavio Zuluaga Rodríguez, quien a su vez sustituye el poder conferido a la doctora Leidy Lorena Acevedo Prada a folio 380 del expediente.

Por consiguiente, se hará los respectivos reconocimientos de personería adjetiva.

3.9. De la condena en costas en segunda instancia.

No hay lugar a condenar en costas dado que no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 16 de diciembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar. En su lugar,

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución 0372 del 22 de febrero de 2010, que negó la pensión de vejez del demandante; la nulidad de la Resolución No. 0023489 del 09 de noviembre de 2009 que resolvió el recurso de reposición; y la nulidad de la Resolución No. 011220 del 28 de mayo de 2009 que resolvió el recurso de apelación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) en razón a la figura de subrogación pensional a reconocer una pensión de vejez al señor Néstor Coronado Otero, en cuantía del 75% teniendo en cuenta el promedio de los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, esto es de noviembre de 1999 a noviembre de 2009, con inclusión de los factores salariales sobre los que se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema pensional y que se encuentren consagrados expresamente en el Decreto 1158 de 1994, valores que deberán actualizarse anualmente con base en la variación del índice de precios del consumidor, según certificación que expida el DANE, conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 *ibidem*. Así mismo, será de cuenta del empleador (Electrocosta) únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por Colpensiones y la que se venía cancelando al pensionado.

Por otro lado, reconocimiento de la mesada 14 al demandante quedará condicionada a que se encuentre dentro de las excepciones dispuestas en el acto legislativo 01 de 2005.

Las sumas resultantes a favor del demandante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$\boxed{\times} R = RH \times \text{Índice Final}$$

Índice final

CUARTO: RECONOCER al señor Néstor Coronado Otero la mesada 14, la cual quedará condicionada a que se encuentre dentro de las excepciones dispuestas en el acto legislativo No. 01 de 2005, ya que adquirió su estatus pensional a partir del 13 de febrero de 2007.

QUINTO: RECONOCER a José Octavio Zuluaga, identificado con cédula de ciudadanía 79.266.852 y tarjeta profesional 98.660 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada judicial especial de la parte demandada, y a la doctora Leidy Lorena Acevedo Prada, identificada con la cédula de ciudadanía 1.092.353.566 y tarjeta profesional 281.299 como apoderada sustituta de la misma dentro del proceso de la referencia, en los términos de los poderes conferidos.

SEXTO: Sin condena en costas de segunda instancia, de acuerdo con las consideraciones expresadas en este fallo.

SÉPTIMO: Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVO: Ejecutoriada esta decisión, devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del cinco (05) de noviembre de dos mil veinte (2020).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

Constancia: La anterior providencia fue firmada electrónicamente por la Sala a través de la plataforma SAMAI del Consejo de Estado, con lo cual se garantiza su autenticidad, integridad, conservación, y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes del Código General del Proceso.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Sala de Decisión No. 1- con ponencia del Magistrado Eduardo Torralvo Negrete.

2. Folios 1 a 18.

3. Decreto 01 de 1984, estatuto aplicable para la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 13 de octubre de 2010 (fl.1 del expediente).

4. En adelante ISS

5. Folios 112-115.

6. Folios 351-358.

7. Folios 176-182

8. «El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [...]».

9. Decreto 758 de 1990.

10. Corte Suprema de Justicia sentencia del 18 de septiembre, radicación 14240.

11. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 23 de febrero de 2012. Radicado: 11001-03-06-000-2011-00045-00 Radicación interna: 2068. Referencia: Pensiones compartidas. Diferencias en factores de liquidación. Efectos *inter partes* de las decisiones judiciales.

12. *Ibidem*.-

13. Sentencia SL16838-2016 del 16 de noviembre de 2016. Radicación: 62551.

14. Folios 28-29.

15. Folios 94-96.

16. Folios 30-32.

17. Folio 23.

18. Folios 177-184; 246- 255.

19. Entrada en vigencia de la 100 de 1993 a nivel nacional- laboro en una empresa industrial y comercial del estado a nivel nacional.

20. Nació el 13 de febrero de 1952- Información extraída de la Resolución No. 011220 del 28 de mayo de 2009 a folio 27 del expediente.

21. Laboró para Electricaribe desde el 17 de febrero de 1975 hasta el 31 de diciembre de 1998- Información extraída de la certificación obrante a folio 24 del expediente.
22. “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.
23. Texto subrayado declarado inexecutable [Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional](#).
24. Texto subrayado declarado executable en la misma [Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional](#).
25. Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968.
26. Folio 23.
27. Sentencia proferida dentro del proceso radicado No. 25000232500020060750901. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
28. Radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01.
29. La anterior decisión judicial cuenta con salvamento parcial de voto, con ponencia de quien se ocupa de esta providencia, donde se analizaron temas tales como las competencias constitucionales de las Cortes de cierre; los efectos de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto y en revisión de las sentencias de tutela; la fuerza vinculante de la interpretación de la Constitución por vía de autoridad y como doctrina constitucional integradora; la doctrina constitucional como criterio auxiliar de la interpretación de la ley; el caso de las sentencias de unificación jurisprudencial; la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en sede de revisión de tutelas, así como las sentencias SU-230 de 2015, C-258 de 2013, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018. Igualmente se analizaron los alcances y efectos de la sentencia C-258 de 2013 y los efectos de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la inescindibilidad del régimen de transición pensional y los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional.
- A partir de allí se concluyó que en ese caso que « [...] el "régimen de transición" previsto en la Ley 100 de 1993 protegía la expectativa legítima de la demandante de pensionarse con sujeción al régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, esto es, una pensión de jubilación liquidada conforme lo dispuso el artículo 10 de esa ley, esto es, ni más ni menos, el "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".»
30. 55 años.
31. 20 años.
32. Correspondiente al 75 %.
33. En el expediente no obra prueba alguna sobre los factores salariales devengados por el demandante ni sobre cuales emolumentos el empleador realizó las cotizaciones para pensión dentro de los últimos 10 años al ISS ahora Colpensiones. No obstante, se presume que la entidad demandada realizó los respectivos aportes conforme lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994.

Fecha y hora de creación: 2025-06-19 00:36:31