



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRAO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2014-00114-00
DEMANDANTE:	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES “UGPP”
DEMANDADA:	LUÍS ALBERTO RÍOS TORRES
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso instaurado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES “UGPP”** contra **LUÍS ALBERTO RÍOS TORRES**.

1. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones.¹

La entidad demandante a través del presente medio de control pretende:

*“PRIMERA: Que se declare la nulidad de los actos administrativos correspondientes a la **Resolución N° 01354** del 22 de junio de 2001, expedido por el extinto INCORA y **Resolución N° 2083** del 26 de junio de 2012, expedida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia **“POR MEDIO DE LAS CUALES SE RECONOCIÓ Y LUEGO SE RELIQUIDÓ UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN”** a nombre de... LUÍS ALBERTO RÍOS TORRES c.c. 17.157.001...”.*

SEGUNDA: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a ... LUÍS ALBERTO RÍOS TORRES devolver todas y cada una de las sumas de dinero recibidas por concepto del reconocimiento y pago de la reliquidación pensión de Jubilación otorgada... desde el 06 de febrero de 2001, fecha desde la cual se hizo el reconocimiento y en lo sucesivo, hasta cuando se verifique el pago de mesadas pensionales a la demandada y la devolución de todas las sumas reconocidas por no contar, de acuerdo a la ley, con el

¹ Folios 2 del expediente.

derecho para disfrutar de la prestación en el monto reconocido y menos aún con reliquidación pensional, devolución de dineros que debe ser hecha... en forma retroactiva en lo sucesivo desde su reconocimiento, hasta cuando se verifique su devolución.

CUARTA: *Que todas las sumas que resulten reconocidas a favor de la demandante se cancelen en forma retroactiva e indexada.*

QUINTA: *Que se condene en costas a la demandada."*

1.2.- Fundamentos fácticos y jurídicos de la acción².

El señor Luís Alberto Ríos Torres, nació el 5 de febrero de 1946 y adquirió su status pensional el 15 de febrero de 2001. Con el fin de obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación, elevó petición en dicho sentido, aportando para ello, certificación del tiempo de servicios y factores salariales que acreditaban, que laboró al servicio del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA, desde el 15 de septiembre de 1971 hasta el 31 de octubre de 1997, completando un tiempo de 26 años, 1 mes y 17 días, siendo su último cargo el de Técnico Administrativo 12, en la Regional Sucre.

El INCORA, profirió la Resolución No. 01354 de junio 22 de 2001, mediante la cual, se le reconoció al causante una pensión mensual vitalicia de jubilación de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985, otorgándole una mesada correspondiente al 75% del promedio de lo devengado, entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de octubre de 1997, en cuantía de \$403.538,00 M/CTE, efectiva a partir del 5 de febrero de 2001.

Mediante Resolución No. 1082 de julio 9 de 2002, el INCORA, modificó el anterior acto actualizando la cuantía de la prestación en la suma de \$713.052,00, efectiva a partir del 5 de febrero de 2001.

Por medio de Resolución No. 00119 de enero 27 de 2005, se reliquidó la prestación del actor, toda vez, que en el acto de reconocimiento, no se incluyeron todos los factores salariales devengados durante el periodo

² Folios 3 - 5 del expediente.

comprendido entre el 1° de abril de 1994 y el 31 de octubre de 1997; por lo que la prestación quedó en la suma de \$919.803.06 M/CTE.

Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 4986 del 2007, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, asumió la carga prestacional del INCORA y en virtud de ello, este fondo, mediante Resolución No. 2083 de junio 26 de 2012, reliquidó la pensión de jubilación del señor Luís Alberto, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por lo que modificó la Resolución No. 01354 de junio 22 de 2001, en el sentido de disponer el valor de la prestación en la suma de \$1.120.455,16 M/CTE, efectiva a partir del 5 de febrero de 2001; es decir, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, quedando condicionado el pago efectivo de los valores a que tuviera derecho el causante, a la aprobación del cálculo actuarial por parte del Ministerio de Hacienda.

El Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, mediante acta de entrega No. 202 de diciembre 10 de 2013, entregó a la UGPP el expediente correspondiente al señor Luís Alberto Ríos, indicándole, que quedaba pendiente por resolver solicitud de fecha 29 de marzo de 2011, correspondiente a una reliquidación pensional por vía administrativa (sin cálculo actuarial aprobado); y que la solicitud de aprobación del cálculo actuarial, se realizó mediante oficio No. 20133180102001 del 06 de junio de 2013 y en respuesta, el Ministerio de Hacienda, por oficio No. 2013220282762 del 26 de agosto de 2013, indicó de manera general, que no se aprobaran cálculos actuariales de reliquidaciones efectuadas por vía administrativa.

En virtud de lo anterior, la UGPP, por auto No. ADP 0249 de enero 10 de 2014, abrió a pruebas el expediente administrativo del señor Luís Alberto Ríos Torres para solicitarle el consentimiento expreso, a fin de revocar la Resolución No. 2083 de 2012 y así proceder a efectuar la reliquidación de su pensión con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, conforme lo estipulado en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003.

Finalmente, la UGPP, mediante Auto No. ADP 002032 de febrero 28 de 2014 comunicó que se ordenó el archivo de la solicitud presentada el día 2 de enero de 2014, toda vez, que el interesado no aceptó la revocatoria directa.

Manifiesta la entidad demandante, que mediante el presente medio de control, busca evitar que el Estado siga pagando una erogación más elevada, a la que legalmente corresponde al demandado y evitar de este modo, que se continúe presentando detrimento del erario público.

Como **soportes jurídicos**³ de su pretensión, adujo los siguientes: artículo 128 de la Constitución Política; artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993; artículo 1º del Decreto 2143 de 1995; artículos 1º y 2 del Decreto 1874 de 2013.

La parte actora establece en el **marco de violación**⁴, que el acto administrativo de reliquidación de la prestación reconocida al causante, se encontraba condicionado para su inclusión en nómina a la aprobación del cálculo actuarial por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo cual, el Fondo del Pasivo Social de Ferrocarriles, inició el trámite de aprobación de dicho cálculo, con respuesta negativa por parte del mismo; situación fáctica que conllevaría a que desaparecieran las condiciones de derecho que le permitían nacer a la vida jurídica, razón por la cual, no se encontraba ajustado a derecho.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda fue admitida mediante proveído del 26 de mayo de 2014⁵; luego de varios trámites, finalmente, dicha providencia se pudo notificar personalmente al actor el 12 de abril de 2016⁶. Igualmente, se notificó personalmente, a través de correo electrónico, al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

³ Folio 5.

⁴ Folio 10.

⁵ Folio 152.

⁶ Folio 259.

- **La demanda fue contestada** el 3 de mayo de 2016⁷. El señor Luís Alberto Ríos Torres, mediante apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos señaló, que en su mayoría eran ciertos, excepto uno que lo era parcialmente y otro que consideró no lo era.

Arguyó, que adquirió su derecho a la pensión en vigencia de la Ley 100 de 1993, encontrándose favorecido por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de esa normatividad, por lo tanto, se le debía liquidar su pensión de jubilación considerando todo lo devengado.

Señaló, que en varias oportunidades el Consejo de Estado condenó a los fondos públicos de pensiones a reliquidar las pensiones de las personas amparadas por el régimen de transición, pensionadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, que como en su caso, no le tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Sostuvo, que su postura era ratificada por la alta Corporación Contenciosa en providencia del 25 de febrero de 2016, en la cual, a la luz de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la ley, se dijo, que a los beneficiarios del régimen de transición, se les debía aplicar de manera integral el régimen especial anterior a la Ley 100 de 1993, puesto que una interpretación en contrario, desnaturalizaba el régimen de transición y afectaba de forma desfavorable, el monto de la pensión de los beneficiarios de dicho régimen.

Insistió, que en su caso, el régimen aplicable para el reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación, no era el contenido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, sino la Ley 33 de 1985; por lo tanto, no era procedente lo pretendido por el demandante, debiéndose mantener el acto administrativo demandado contenido en la Resolución No. 2083 de junio 26 de 2012.

- Mediante auto de 2 de septiembre de 2016⁸, se fijó fecha para llevar a cabo **audiencia inicial**, de conformidad con lo preceptuado en el artículo

⁷ Folio 262 - 274.

⁸ Folio 277.

180 de la Ley 1437 de 2011, la cual fue realizada el día 27 de septiembre de 2016⁹; en la misma audiencia, se consideró que no era necesario practicar pruebas y a su vez, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos.

- Alegatos de conclusión:

La parte demandada¹⁰, presentó sus alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

- La parte demandante no presentó alegaciones y el señor Agente del Ministerio Público, no emitió concepto de fondo.

3. CONSIDERACIONES:

3.1. Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en **Primera Instancia**, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

3.2.- Problema jurídico.

Vistos los extremos de la litis, para esta Sala, los problemas jurídicos se centran en determinar:

¿Debe declararse la nulidad de las Resoluciones Nos. 01354 de 22 de junio de 2012, expedido por el extinto INCORA y 2083 de junio 26 de 2012, por medio de las cuales, se reconoció y reliquidó una pensión de jubilación al señor LUÍS ALBERTO RÍOS TORRES?

⁹ Folios 285 – 289.

¹⁰ Folios 296 – 300.

3.3.- Análisis de la Sala.

3.3.1. El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral.

El legislador colombiano, bajo el apremio de la regulación del régimen pensional, expidió la ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones”*, previendo que debido a las problemáticas temporales, que se suscitarían con la vigencia normativa, era menester consagrar un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos de aquellas personas, próximas a adquirir la prestación social en comento.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

“Régimen de transición. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres”.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley...”

Como se observa, dicho artículo permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la aclaración que para el sector público territorial, el Sistema General de Pensiones, entró en vigencia el 30 de junio de 1995.

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional,

ha señalado¹¹:

“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión” (Resaltado fuera de texto).

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, reiteradamente, ha sostenido que a los beneficiarios del régimen de transición, se les aplicará, integralmente, el régimen anterior, al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad, para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación, por ser de la esencia del régimen de transición, el cual opera de pleno derecho.

¹¹ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Es así, como se ha pronunciado¹²:

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

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la norma legal y por tanto debió aplicársele el régimen anterior, ya que había cumplido - para esa fecha - más de 15 años de servicios al Estado y más de 40 años de edad.

(..)

Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en la disposición legal anterior, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 13 de octubre de 1993.

La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993”.

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos, una de las disposiciones aplicables es la Ley 33 de 1985 que exige, para acceder a la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75% del ingreso base de liquidación y otra, es la de aquellos empleados que venían afiliados al I. S. S.

Sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición pensional, previsto en la Ley 100 de 1993, que hayan laborado en una entidad estatal afiliada al I.S.S., se

¹² Sentencia de fecha 7 de junio de 2007, expediente: 76001-23-31-000-2002-01420-01 (5852-05) C. P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

cita la sentencia fechada 6 de octubre de 2011¹³, proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se precisó:

“En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”. Rad.: 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). Actor: Raúl Antonio Ospino Vizcaíno, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones."

Anotándose, que tal principio de favorabilidad, a su vez, implica considerar el quantum pensional, a efectos de no vulnerar la condición más favorable del trabajador, siempre y cuando, claro está, se hayan probado los factores salariales que harían la diferencia.

3.3.2. El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación, de los empleados del sector público, beneficiarios del Régimen de Transición - factores salariales de liquidación.

Una sub regla de orden jurisprudencial, que ha hecho carrera, es que todos aquellos factores percibidos mientras persiste la relación laboral, deben ser considerados al momento de calcular el Ingreso Base de Liquidación (IBL), ya que responden al criterio de que es el pago percibido por un trabajo, bajo el concepto de salario.

La anterior postura, aunque inclinada a aquellos aspectos regulados por la ley 33 de 1985 y normatividad anterior, para la sub regla en mención, resulta de relevancia, ya que deriva de una línea jurisprudencial sólida, en la que se destaca entre otras, la sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 012-2009, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en donde además se concertó, que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe contener, a más de la asignación básica, aquellos conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, excluyéndose la taxatividad que imperaba en ciertos fallos judiciales sobre el tema.

En sentencia del 3 de febrero de 2011, expediente 0670-10. C. P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, el Honorable Consejo de Estado, recalcó:

"Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión

debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Entonces, ante las diversas interpretaciones esbozadas en la materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, **sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.**

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación de su prestación **incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicio**, esto es, entre el 8 de octubre de 1997 y el 8 de octubre de 1998. (Negritas fuera del texto original)

Siendo ello así, el accionante tiene derecho a que su prestación se liquide con inclusión de la asignación básica mensual, prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo¹⁴.

Concluyéndose, en últimas, que la pensión de jubilación se liquida **en cuantía que el respectivo régimen señale, con el promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes**, pero si existieran factores, sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar.

3.3.3.- Caso concreto.

Aterrizando al presente caso, se encuentra debidamente probado que al

¹⁴ Ver entre otras Consejo de Estado; Expediente 0516-08, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Expediente 0287-10. C. P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez; Expediente 1520-10. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

señor LUÍS ALBERTO RÍOS TORRES, le fue reconocida la pensión de jubilación a través de Resolución No. 01354 de junio 22 de 2001¹⁵, por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA en su calidad de Técnico Administrativo 12 en la Regional Sucre, en cuantía de \$403.538,00, a partir del 5 de febrero del 2001; y para su reconocimiento y pago, se le aplicó el contenido de las Leyes 6 de 1945, 4ª de 1966, 33 de 1985 y 100 de 1993, liquidándosele la misma con base en el 75% del promedio de lo devengado, al tiempo comprendido entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de octubre de 1997, tal como consta en el acto administrativo que le reconoce su derecho.

Luego, mediante Resolución No. 1082 de julio 9 de 2002¹⁶, el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA modificó el anterior acto, actualizando la cuantía de la prestación en la suma de \$713.052,00, modificación que se hizo de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, actualizando la cuantía con el I.P.C. certificado por el DANE.

Posteriormente, el INCORA por Resolución No. 00119 de enero 27 de 2005¹⁷, reliquidó la prestación del actor, toda vez, que en el acto de reconocimiento, no se incluyeron todos los factores salariales devengados entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de octubre de 1997; por lo que la prestación quedó en la suma de \$919.803.06, con la actualización anual del I.P.C., certificado por el DANE, desde el 1º de abril de 1994, hasta la causación de la pensión.

Asimismo se encuentra acreditado, que con motivo de una petición elevada por el accionante, por intermedio de la Resolución No. 2083 de junio 26 de 2012¹⁸, el Director General del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, reliquidó la pensión de jubilación del hoy accionado, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, esto es, teniendo en cuenta el 75% del promedio de

¹⁵ Folios 57 – 58.

¹⁶ Folios 64 - 65.

¹⁷ Folios 74 - 75.

¹⁸ Folios 112 - 115.

lo devengado en el último año de servicio, quedando el valor de la prestación en la suma de \$1.120.455,16.

En el mismo acto se indicó, que como el monto de la reliquidación de pensión de jubilación del señor Ríos Torres, superaba el valor del cálculo actuarial, el pago del nuevo valor de la pensión quedaría condicionada a la aprobación del nuevo cálculo actuarial por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

A su vez, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, demanda que la Resolución No. 1287 del 27 de abril de 2013, proferida por el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES DE COLOMBIA, por medio de la cual se reliquidó la prestación del causante, se encontraba condicionado para su inclusión en nómina a la aprobación del cálculo actuarial por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; por lo cual, dicho Fondo, inició el trámite de aprobación del referido cálculo, con respuesta negativa por parte del Ministerio, situación fáctica que conllevaría a que desaparecieran las condiciones legales que le permitían nacer a la vida jurídica, razón por la cual, vulneraba el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, atendiendo al anterior recuento y al acervo probatorio allegado al sub examine, esta Sala considera que el señor LUÍS ALBERTO RÍOS TORRES, efectivamente, es beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985, pues, el demandado para el 1º de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad y prestó sus servicios al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA, desde el 15 de septiembre de 1971, hasta el 31 de octubre de 1997, esto es, por más de 20 años de servicios.

Así mismo y como se dejó sentado en apartes precedentes, la jurisprudencia ha reiterado de manera clara y precisa, que los factores que sirven de sustento a la liquidación de la mesada pensional, consignados en la ley, son meramente enunciativos, por lo cual, el ingreso base de liquidación, debe ser dado por aquellas sumas que percibe el trabajador, de manera habitual

y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, **independientemente de la denominación que le sean dadas.**

Por lo tanto, la Sala advierte, que la interpretación que quiere aplicar la entidad para reliquidar la prestación del demandado, esto es, con el promedio de lo devengado en los últimos diez (10) años de servicios, conforme lo estipulado en la Ley 100/1993 y la Ley 797/2003 (ver hecho 3.9 de la demanda)¹⁹, no es la coherente con la línea jurisprudencial esbozada; pues, se considera que el régimen pensional dispuesto por la Ley 33 de 1985, es más favorable, para los intereses del actor, toda vez, que la valoración liquidatoria, atiende a una **cuantía del 75%, del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios**²⁰.

En este punto, es pertinente anotar, que con la presente decisión, este Tribunal **se aparta** del contenido de la sentencia SU – 230 de 2015, proferida por la Corte Constitucional, tal como lo ha realizado en varias de sus decisiones²¹ y que hoy se reiteran e integran como argumentos a la presente decisión, sin necesidad de transcripción, pues resulta fácil su consulta en la página web de este tribunal, máxime cuando la posición que se ha adoptado, finalmente, ha sido asumida por el Honorable Consejo de Estado, que en **sentencia unificada** de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, de fecha 25 de febrero de 2016²², manifestó:

“Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010²³. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala

¹⁹ Folios 4 – 5

²⁰ Es de aclarar, que si bien la resolución No. 01354 de 22 de junio de 2001, liquidó el IBL con fundamento en los últimos tres años de servicios, lo cierto es que conforme el marco normativo aquí expuesto, debió hacerse con el último año de servicios. Este aspecto, evidentemente no puede ser analizado en esta sentencia, dado que los cargos formulados tienen otro objetivo.

²¹ Ver Sentencias del 4 de febrero de 2016, Expedientes 2013-00271-01/2016-00363-01; Sentencia de 30 de marzo de 2016, expediente 2015-00135-00; sentencia 3 de marzo de 2016, expediente 2013-00247-01; entre otras; M. P. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty.

²² Expediente con radicación interna 4683-2013. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²³ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto en la referida sentencia, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto

concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.

En este último punto, y en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica, a partir del año de 2005, que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como también lo ha señalado la Sala²⁴...

Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4º de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso".

de la no taxatividad de factores salariales contenidos en la leyes 33 y 62 de 1985 para el sector oficial. Pese a tal discrepancia, la Sección Segunda, en forma unánime, ha reconocido que la sentencia del 4 de agosto de 2010 constituye sentencia de unificación jurisprudencial y en tal carácter la ha aplicado, tanto en sentencias de segunda instancia, como en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, al igual que en sentencia de tutela contra providencias judiciales".

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 6 de noviembre de 2014. M. P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. No. Interno 3155-2013.

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.

3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado

incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad” (Citas del texto).

Acorde con lo anterior, este Tribunal, igualmente, se aparta del precedente de la Honorable Corte Constitucional contenido en sentencia **SU-427 de 2016**, en cuanto a interpretación del cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en la Ley 100 de 1993 y reitera lo dicho en sentencia del 4 de noviembre de 2016²⁵, así:

“Sobre este particular, ha de expresarse por parte del Tribunal que la pensión es un derecho de contenido social y un derecho humano, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, en especial de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 (estos dentro del sistema Interamericano de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (dentro del sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos) y el Texto de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Los anteriores instrumentos internacionales, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y consagran la progresividad de los

²⁵ Sentencia proferida por la Sala Tercera de Decisión Oral. Radicación No. 70-001-33-33-004-2015-00106-01, Demandante: Marly del Cristo Manjarres de Reyes, Demandado: U.G.P.P. M.P. Silvia Rosa Escudero Barboza.

derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se puede clasificar las pensiones²⁶. En virtud de ello, se ha inferido un principio aplicable a la protección de los derechos objeto de pronunciamiento, y es la prohibición de regresividad, por lo tanto, en los Estados partes de estos instrumentos internacionales, no pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores, normas de carácter internacional que no hacen otra cosa que materializar el Estado Social de Derecho y los fines del Estado (artículos 1 y 2 de la C.P.)”.

En este orden de ideas, no es de recibo el argumento de la entidad demandante en cuanto manifiesta, que la pensión del señor RÍOS TORRES debió ser liquidada de forma diferente; ya que, como quedó ampliamente dilucidado, el régimen pensional del demandado es el estipulado en la en la Ley 33 de 1985, como consecuencia de asistirle el derecho a que se le aplique el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, debiéndose incluir, de acuerdo con las preceptivas señaladas, la totalidad de los factores salariales legales devengados en el último año de servicio - como efectivamente se hizo-, atendiendo a los principios de favorabilidad y progresividad de los derechos laborales, esto, en aras de propender por la condición más beneficiosa para el trabajador, en aplicación del principio constitucional laboral aludido de la favorabilidad.

Por último, se indica, que al considerarse ajustado a derecho el reconocimiento y la posterior reliquidación de la pensión que le asiste al señor RÍOS TORRES, bajo ningún punto de vista, en el caso sub examine, se

²⁶ El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, consagra: “Artículo 11. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.” Por su parte el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1, consagra: “Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.” Adicionalmente, este protocolo, establece el derecho a la seguridad social y la protección de la vejez (artículo 9) y la protección de los ancianos (artículo 17). El Texto de la Constitución de la OIT, regula en su artículo 19 numeral 8: “8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.” (Negritas para resaltar). De esta norma se ha deducido la prohibición de regresividad en materia laboral, tanto desde el punto de vista legal, como de la aplicación judicial del derecho labora”l.

configuró un enriquecimiento sin justa causa a favor del pensionado y en detrimento de la entidad demandante, ya que se itera, los actos administrativos objeto de censura, no se encuentran viciados de nulidad, al reconocer en debida forma la prestación objeto de litigio, al menos en lo que al régimen aplicable se refiere y que es finalmente lo que incide en esta determinación.

Y si bien el acto estaba sometido a una condición (aprobación del cálculo actuarial por parte del Ministerio de Hacienda), lo cierto es, que la pensión de jubilación y su reliquidación, es un derecho adquirido por el señor Luís Alberto Ríos Torres, que no puede depender en manera alguna de contingencias internas de la administración²⁷, de ahí que, no son de recibo los argumentos de la entidad demandante para pretender su nulidad, cuando lo decidido administrativamente se ajusta a derecho, al menos en lo que hace al régimen pensional aplicable al demandante²⁸.

En ese orden de ideas, la Sala considera que los actos administrativos objeto de censura, no vulneraron las normas pretendidas por el extremo activo, por lo que su presunción de legalidad no se encuentra desvirtuada y por tanto, han de desestimarse las pretensiones de la demanda.

4.- Costas procesales.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011 dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena

²⁷ Recuérdese que el cálculo actuarial *“representa todas las obligaciones pensionales futuras traídas a valor presente que el ente público debe asumir a favor de aquellas personas que tengan o vayan adquirir este derecho, de conformidad con las leyes o convenciones”* y se encuentra constituido por *“pensiones de jubilación, bonos pensionales, cuotas partes pensionales y obligaciones del sector educación y el sector salud”*, de ahí su contenido meramente presupuestal, que no puede afectar los derechos y garantías laborales. Notas tomadas de SÁNCHEZ PUERTA, Gustavo. Actualidad Pensional en el sector público colombiano. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2013. P. 171 y ss.

²⁸ Se insiste, que en la presente providencia no se considera que la liquidación pensional parte de un IBL considerado frente al último año de servicios, dado que los cargos formulados en la demanda no iban dirigidos en tal sentido y de hacerlo, correspondía o al pensionado o el ente demandante, agotar, en tal sentido, actuación administrativa, lo que no ocurrió en este evento, en tanto, se trató solamente lo relacionado con el cálculo actuarial.

en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del ordenamiento civil.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C.G. del P.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

CUARTO: DEVUÉLVASE el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0004/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA