

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-015-2016-00504-01
Demandante	FRANCISCO RAPALINO BLANCO
Demandado	COLPENSIONES
Tema:	IBL- Transición
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia oral de fecha catorce (14) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

"1. DECLARESE LA NULIDAD ABSOLUTA del acto administrativo Resolución GNR 149863 de 24 de mayo de 2016 proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES que ordena la reliquidación de la pensión del señor FRANCISCO RAPALINO BLANCO con base en la ley 100 de 1993 y no con base en la Ley 929 de 1976, incurriendo en falsa motivación, en su lugar reliquidar su primera mesada pensional con base en el 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último semestre de servicio.

2. DECLARESE LA NULIDAD ABSOLUTA del acto administrativo GNR 205617 de 13 de julio de 2016 proferida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, que por segunda vez ordena la reliquidación de la pensión del señor FRANCISCO RAPALINO BLANCO con base en la ley 100 de 1993 y no con base en la Ley 929 de 1976 que establece el derecho a mi asistido a reliquidar su primera mesada



pensional con base en el 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último semestre de servicio.

3.DECLARESE que el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al momento del reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor FRANCISCO RAPALINO BLANCO hecho a través de la resolución N° 05151 del 28 de Marzo de 2008 e incluido en nómina de pensiones a través de la resolución 018577 de 1° de septiembre de 2008, incurrió en falsa motivación al calcular el Ingreso Base de Liquidación con base en los artículos 33 y 21 de la Ley 100 de 1993 y no con base en el Decreto 929 de 1976, y excluyendo factores salariales que enumeraron su servicio activo durante los últimos 6 meses.

Como consecuencia de lo anterior:

4.CONDENESE a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a recalcular el Ingreso Base de Liquidación con base en el cual fue reconocida la primera mesada pensional al vejez al señor FRANCISCO RAPALINO BLANCO, teniendo en cuenta únicamente lo establecido en el artículo 7° del Decreto 929 de 11 de mayo de 1976, es decir que su pensión ordinaria de jubilación será el equivalente al 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados por mi apadrinado durante el último semestre laborado.

5.CONDENESE a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a establecer los factores salariales de acuerdo con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el artículo 40 del Decreto 720 de 1978, el artículo 7° y 23° del Decreto 929 de 11 de mayo de 1976 e inaplicar totalmente el Decreto 1158 de 1994, norma que les es menos favorable a los intereses de mi poderdante.

6.CONDENESE a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES al pago de la diferencia dejada de reconocer inicialmente por la resolución N° 018577 de 1 de septiembre de 2008 y luego por las resoluciones GNR 149863 de 24 de mayo de 2016 proferidas por COLPENSIONES y la nueva mesada pensional que se establezca luego de recalcular el IBL de la pensión de mi asistido, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 7° y 23 del Decreto 929 de 11 de mayo de 1976, es decir teniendo únicamente en cuenta lo percibido por salarios y demás emolumentos en el último semestre de servicios prestado por mi asistido a la CGR.

(...)"

."

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- El señor FRANCISCO RAPALINO BLANCO nació el 03 de diciembre de 1941, cumpliendo la edad de 55 años el 3 de diciembre de 1996.
- Indica la parte actora que el señor FRANCISCO RAPALINO BLANCO cotizó por 1.471 semanas en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ISS hoy COLPENSIONES.
- Señaló que laboró al servicio de la Contraloría General de la Republica desde el 13 de julio de 1994 hasta el 4 de agosto de 2008.
- Mediante Resolución No. 05151 del 28 de marzo de 2008 el Instituto de Seguro Social reconoció al actor pensión de jubilación con base en los artículos 21 y 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, sin embargo, aduce que dicha liquidación de la primera mesada pensional y su inclusión a nómina de pensionados quedo suspendida hasta que demostrara su retiro definitivo del servicio público.
- Que el 4 de agosto de 2008 el actor fue retirado del servicio activo por lo que mediante Resolución No. 018577 del 1 de septiembre de 2008 el extinto ISS lo incluyó en la nómina de pensionados y determinó un valor de la primera mesada pensional en la suma de \$1.898.243.
- Indicó que cuando era funcionario de la Contraloría General de la Republica percibía de manea habitual los siguientes factores salariales: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, los cuales lo no fueron tenidos en cuenta por la Resolución No. 05151 del 28 de marzo de 2008 y la Resolución No. 018577 del 1 de septiembre de 2008.
- Posteriormente el actor solicitó reliquidación pensional el día 28 de diciembre de 2015 ante COLPENSIONES, el cual fue negada por la parte accionada mediante la Resolución GNR 149863 del 24 de mayo de 2016 al considerar que el actor no cumplió con el total de 20 años de servicio exclusivo a la Contraloría General de la República.

- Frente a lo anterior, el actor presentó recurso de apelación, la cual fue resuelta por la accionada mediante la Resolución GNR 205617 del 13 de julio de 2016, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La demandante señaló como normas violadas las siguientes:

Artículo 50 y ss del CCA, artículo 36 de la ley 100 de 1993, artículo 1 y 3 de la ley 33 de 1985, artículo 9 del Decreto 929 de 1976, artículo 1 de la Ley 62 de 1985, ARTICULO 42 DEL Decreto 1042 de 1978, artículo 10 de la Ley 1045 de 1978 y artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señaló que la parte accionada debió reliquidar la pensión de vejez del señor FRANCISCO RAPALINO BLANCO observando la disposición contenida en el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, incluyendo los factores salariales enunciados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, artículo 40 del Decreto 720 de 1978, artículo 23 del Decreto 929 de 1976 aplicables por remisión del artículo 17 del Decreto 929 de 1976.

2. Sentencia apelada¹

Mediante sentencia oral de fecha catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Señala el Juez de primera instancia que en el sub examine no se puede reliquidar la pensión de vejez del accionante toda vez que al ser beneficiario del régimen de transición, teniendo en cuenta la sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015 y la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el IBL no fue objeto de transición, por lo que a los regímenes de transición solo deben aplicárseles los requisitos de edad y tiempo para acceder a la pensión, situación que a juicio del A quo no se encuentra en controversia, por lo que al IBL no ser objeto de transición debe ser calculado tal como lo hizo la accionada, con base en los factores debidamente cotizados durante los últimos 10 años de servicios.

¹ Folios 165-188

3. Recurso de apelación.

3.1. De la parte accionante. (Fl. 197-203)

Manifiesta la parte accionante, mediante escrito de apelación, que difiere del fallo proferido por el Juez de primera instancia; considera que como quiera que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, su pensión se le debió reliquidar con base en la legislación anterior, es decir, en el Decreto 929 de 1976 incluyéndole todos los factores salariales enunciados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, artículo 40 de Decreto 720 de 1978 y artículo 23 del Decreto 929 de 1976.

4. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha cinco (05) de agosto de dos mil veintiuno (2021), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante, y por medio de auto de fecha siete (07) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandada

La parte accionada en escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia solicito que se confirme el fallo apelado.

6. Concepto del Ministerio Publico

El representante del Ministerio Publico señaló en su concepto que la sentencia objeto de apelación debe confirmarse, teniendo en cuenta que el demandante no tiene derecho a la reliquidación alegada.

Indicó que no existe duda dentro del presente asunto, que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que así lo reconoce la demandada en el acto

acusado, sin embargo, en la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, emanada por la Honorable Corte Constitucional, se fijó criterio sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aclarando que los beneficiarios de éste solo acceden al régimen anterior que les resulte aplicable, en lo relacionado con la edad y tiempo de servicio, mas no en lo atinente al ingreso base de liquidación, que se establecerá con base en el inciso 3º del precitado artículo, es decir, con el promedio de los últimos diez años de servicios y teniendo en cuenta única y exclusivamente los factores salariales que hubieren servido de base para cotizar al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente que COLPENSIONES, reliquide la pensión de jubilación de la parte demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados el

último semestre de prestación de servicios en aplicación del DECRETO 929 DE 1976?

En caso de ser negativo el problema jurídico planteado, se confirmará la sentencia de primera instancia; en caso contrario se revocará.

3. Tesis.

La Sala confirmará la sentencia apelada, en consideración a que en el *sub judice* si bien el demandante es beneficiario del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo aplicable el Decreto 929 de 1976 (Régimen especial de la Contraloría); ello solo es posible, respecto a la i) edad -55 años si son hombres-, ii) tiempo de servicio -20 años de servicio- y, iii) tasa de reemplazo -75%-; pero el ingreso base de liquidación de su prestación periódica se debe calcular conforme lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, y no el último semestre como lo dispone el Decreto 929 y lo pretende el recurrente.

Ahora bien, la parte demandada reconoció la pensión del actor aplicando por favorabilidad el régimen general contemplado en la Ley 100 de 1993, toda vez que la tasa de reemplazo y el cálculo del IBL en los términos del artículo 21 de la norma en cita, era mayor que el previsto en el régimen especial, situación que no desvirtuó el actor.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. La seguridad Social como derecho fundamental

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido² desde dos perspectivas constitucionales, de una parte, como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los

² Sentencia T-039 de 2017.

principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y por otro lado, como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos.

También se ha señalado que de este derecho se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada³.

Bajo esta perspectiva, la garantía y goce de la pensión, como derecho fundamental integral de la seguridad social, debe ser estudiado y aplicado desde una perspectiva constitucional, bajo los principios de universalidad y solidaridad, a la luz de la e interpretación constitucional.

4.2. El Precedente Constitucional.

La Corte Constitucional tiene a su cargo "*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*⁴", así pues, es la encargada de fijar los efectos de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior⁵.

En la sentencia SU-354 de 2017, la Corte Constitucional manifestó que la interpretación de la Constitución tiene como propósito principal orientar el ordenamiento jurídico hacia los valores y principios Constitucionales, por lo que no reconocer el alcance vinculante de los fallos, genera en nuestro ordenamiento jurídico falta de coherencia y contradicciones entre la normatividad y la Carta.

Así pues la máxima autoridad constitucional ha señalado que en los fallos de constitucionalidad, su carácter obligatorio se desprende de los efectos *erga omnes*, así como de la cosa juzgada constitucional de que

³ sentencia T-013 de 2011.

⁴ Artículo 241 Constitución Política de Colombia.

⁵ Sentencia T-018 de 2018

están revestidos⁶; por ello, se ha precisado que las razones o motivos de la decisión de las sentencias de juicio abstracto contienen la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados, y por tal razón, deben ser atendidas por las autoridades judiciales, para que la aplicación del derecho sea conforme a la Carta Política⁷.

En torno a los fallos de revisión de tutela, se ha referido que el respeto de su *ratio decidendi*, logra la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y la confianza legítima. Igualmente, se ha destacado que cuando se trata de sentencias de unificación y de control abstracto de constitucionalidad, basta un pronunciamiento para que exista un precedente, lo anterior debido a que *“las primeras, unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos y, las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política⁸”*.

En este orden, el desconocimiento del precedente constitucional, *“independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique, es decir, como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo, no solo conlleva la trasgresión de las garantías fundamentales a la igualdad y al debido proceso, sino que también vulnera el principio de supremacía constitucional.⁹”*

De conformidad con lo expuesto, el precedente Constitucional debe ocupar un lugar privilegiado en el análisis del caso por parte del juez de la causa, pues de lo contrario, se quebrantan los principios Constitucionales de la igualdad y la supremacía de la Carta Política, y es que para quienes administran justicia, respetar la jurisprudencia de la máxima corporación constitucional es un deber, especialmente, porque es a través de la función

⁶ Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

⁷ Sentencia T-410 de 2014

⁸ Sentencia T-233 de 2017.

⁹ *Ibidem*

jurisdiccional de la Corte Constitucional que se garantiza la eficacia de los derechos constitucionales a los asociados¹⁰.

4.3. Posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en Materia de liquidación pensional en régimen de transición.

La Ley 100 de 1993, contempló un régimen de transición pensional, para efectos de garantizar derechos consolidados con base en normas anteriores, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere Superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.” (Texto subrayado fuera del original).

En tal sentido, dicho beneficio está dirigido a: i) Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad al 1º de abril de 1994; ii) hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1º de abril de 1994; iii) hombres y mujeres que independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994.

Respeto de este beneficio, la Corte Constitucional ha venido abordando su estudio para determinar el alcance del mismo, de acuerdo con las disposiciones constitucionales superiores, es así como en la sentencia **C-168 de 1995**, determinó que sin importar cuál era la vinculación anterior, las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran

¹⁰ T-410 de 2014.

los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, pero las demás condiciones para acceder al derecho pensional, serían las fijadas en la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, en la sentencia **C-258 de 2013**, la Corte estudió la constitucionalidad de la expresión “*durante el último año*” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y efectuó una interpretación de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición y advirtió además que no consideraba que existiera una “*razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad*”.

Por su parte, en la sentencia **T-078 de 2014**, la Corte Constitucional reafirmó el precedente de la sentencia C-258 de 2013, al establecer que el monto de la pensión se fijaba con base en lo dispuesto en el régimen especial, mientras que el ingreso base de liquidación se aplicaba de forma independiente al monto y con sujeción a lo previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el **Auto 326 de 2014**, la Sala Plena de la Corte Constitucional, ratificó el alcance de la sentencia C-258 de 2013 al manifestar que la *ratio decidendi* de esta providencia interpretó las normas que regulan la aplicación del régimen de transición y estableció que el modo de promediar la base de liquidación no podía ser la estipulada en la legislación anterior, ya que la transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

Con posterioridad, en la **SU-230 de 2015**, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela que pretendía proteger los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y al mínimo vital, frente a una liquidación pensional realizada con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1° de la Ley 33 de 1985), donde concluyó que a partir de la

sentencia C-258 de 2013, la Corte realizó consideraciones generales y fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por lo tanto, son las reglas contenidas en el régimen general las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenezca.

En igual sentido, en la sentencia **SU-427 de 2016** se dispuso que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizada por la sentencia C-258 de 2013 al igual que en la sentencia **SU-210 de 2017**, se mantuvo la consideración sobre la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993.

En contraste con lo anterior, ha sido posición reiterada del Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, el entender que los beneficiarios del régimen de transición pensional deben ser liquidados en su integralidad con el régimen que los cobija, señalando para el efecto que el ingreso base de liquidación hace parte del mismo, y por tanto debe estar conformado con todos los emolumentos percibidos en el último año de servicios del empleado.

Esta posición fue reafirmada y unificada mediante la sentencia de 25 de febrero de 2016¹¹ en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad del régimen de transición y liquidación de la pensión en el régimen de transición con todos los factores, específicamente se señaló lo siguiente:

“(…) 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 4ª 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.

¹¹ Exp. 2013-01541 (4683-2013).



Mantiene el Consejo de Estado las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, así:

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.»

Ahora bien, en pronunciamiento del 28 de agosto de 2018¹², la Sala Plena del Consejo de Estado modificó la posición jurisprudencial que venía fijada por la Sección Segunda de dicha Corporación, en la cual se inclinó por la posición adoptada por la Corte Constitucional, pero conservando algunos matices particulares, en dicho pronunciamiento señaló la Alta Corporación:

“Primero: Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. 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.

2. 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.

3. 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.”

En este orden, se observa que venían coexistiendo dos posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen de transición pensional en la liquidación de la asignación, no obstante dado el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado que se ha inclinado sustancialmente en dirección a la tesis sostenida por la Corte Constitucional, resulta claro que se debe continuar acogiendo el criterio adoptado como precedente constitucional por la H. Corte Constitucional, el cual se viene aplicando por la Sala incluso desde antes del pronunciamiento del 28 de agosto de 2018, lo cual se

¹² Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.

acompaña con la nueva postura del Consejo de Estado, dado que la Corte Constitucional en este sentido ha creado una regla de interpretación que no puede ser desconocida por el operador judicial, toda vez que se trata de una extensión misma del texto constitucional, según la cual, el monto de la pensión reconocida en favor de quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no puede calcularse conforme al IBL estipulado en la legislación anterior, sino al previsto en el inciso tercero de la referida norma, regla que fijó en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la sentencia SU-230 de 2015.

Así se tiene entonces que, a los beneficiarios del régimen de transición pensional, en materia de IBL se les debe aplicar lo establecido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y el período para liquidar la pensión, el periodo para liquidar la pensión será: i. Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o ii. El cotizado durante todo el tiempo, cuando fuere superior.

4.4 Régimen pensional de funcionarios de la Contraloría General de la República.

El régimen pensional de los servidores de la Contraloría General de la República debe ser visto partiendo de dos momentos: el primero a quienes se aplica el Decreto Ley 929 de 1976 y el segundo los cobijados por el Decreto 691 de 1994, que incorporó a sus servidores al Sistema General de Pensiones, regido por la ley 100 de 1993.

El Decreto Ley 929 de 1976, estableció el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República, determinando lo siguiente en relación con la pensión de jubilación;

“ARTÍCULO 7. Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.”

La norma trascrita, determinó los requisitos para obtener la pensión de jubilación de dichos funcionarios y empleados, señalando los requisitos para obtenerla así:

- Edad: 50 años si son mujeres y 55 años si son hombres;
- 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto;
- Tasa de retorno del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

5. Caso concreto.

5.1 Hechos relevantes probados

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

5.1.1. Se encuentra acreditado dentro del plenario que, el señor FRANCISCO RAPALINO BLANCO nació el 03 de diciembre de 1941 (Fl. 17) y laboró un total de 9692 días, correspondientes a 1.384 semanas en las siguientes entidades:

ENTIDAD	DESDE	HASTA
Contraloría Departamental	02/03/1977	02/12/1980
Alcaldía de Cartagena	10/12/1981	30/11/1982
Gobernación de Bolívar	29/04/1985	07/12/1992
Contraloría General	13/07/1994	31/12/1994
Contraloría General	01/01/1995	02/09/1999
Contraloría General	01/10/1999	29/03/2007
Contraloría General	01/04/2007	27/01/2008
Contraloría General	01/02/2008	29/03/2008
Contraloría General	01/04/2008	29/04/2008
Contraloría General	01/05/2008	31/08/2008

5.1.2. Que al señor FRANCISCO RAPALINO BLANCO, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución No. 05151 del 28 de marzo de 2008 en aplicación de los artículos 21 y 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003. (Fl. 25)

5.1.3. El 4 de agosto de 2008 el actor fue retirado del servicio activo por lo que mediante Resolución No. 018577 del 1 de septiembre de 2008 el extinto ISS lo incluyó en la nómina de pensionados y determinó un valor de la primera mesada pensional en la suma de \$1.898.243. (Fl.30)

5.1.4 Posteriormente el actor solicitó reliquidación pensional el día 28 de diciembre de 2015 ante COLPENSIONES con base en el Decreto 929 de 1976 (Fl. 32), el cual fue negado por la parte accionada mediante la Resolución GNR 149863 del 24 de mayo de 2016 y reliquidó su pensión de vejez en aplicación de la Ley 100 de 1993. (Fl. 48)

5.1.5. Frente a lo anterior, el actor presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto por la accionada mediante la Resolución GNR 205617 del 13 de julio de 2016, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida. (Fl. 75)

5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub judge pretende la parte demandante la nulidad de la Resolución GNR 149863 de 24 de mayo de 2016 mediante el cual se reliquida la pensión de jubilación del actor con base en la Ley 100 de 1993 y no con base en el Decreto 929 de 1976, y su confirmatoria, Resolución GNR 205617 de 13 de julio de 2016 proferida por COLPENSIONES.

El juez en primera instancia resolvió negar las pretensiones de la demanda al considerar que en el sub examine no se puede reliquidar la pensión de vejez del accionante toda vez que al ser beneficiario del régimen de transición, teniendo en cuenta la sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015 y la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el IBL no fue objeto de transición, por lo que a los regímenes de transición solo deben aplicárseles los requisitos de edad y tiempo para acceder a la pensión, situación que a juicio del A quo no se encuentra en controversia, por lo que al IBL no ser objeto de transición debe ser calculado tal como lo hizo la accionada, con base en los factores debidamente cotizados durante los últimos 10 años de servicios.

A su turno, la parte demandante recurrió el fallo de primera instancia, en razón a que, como quiera que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, su pensión se le debió reliquidar con base en la legislación anterior, es decir, en el Decreto 929 de 1976 incluyéndole todos los factores salariales enunciados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, artículo 40 de Decreto 720 de 1978 y artículo 23 del Decreto 929 de 1976, devengados en el último semestre de servicios.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto de la apelación.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrimado al proceso, se tiene que el señor FRANCISCO RAPALINO BLANCO es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que para la fecha en que entró a regir esta ley – 1º de Abril de 1994-, tenía más de 40 años de edad; cumpliendo así con uno los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo.

En esa medida, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen pensional de los servidores públicos de la Contraloría General de la República, estaba consagrado en el Decreto Ley 929 de 1976; en el que se determinó como requisitos para obtener la pensión de jubilación de dichos funcionarios y empleados, los siguientes: **i)** Diez (10) años de servicio que hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República **ii) Edad:** 50 años si son mujeres y 55 años si son hombres; **iii)** 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto; **iv)** Tasa de retorno del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

En efecto, se encuentra acreditado que el actor prestó sus servicios por más de diez años a la Contraloría, inicialmente dentro del lapso comprendido entre el 2 de marzo de 1977 y el 2 de diciembre de 1980; así como del 13 de julio de 1994 hasta el 31 de agosto de 2008, por la cual cumplía con los requisitos establecidos en el Decreto Ley 929 de 1976.

Así las cosas, atendiendo específicamente a lo expuesto en la sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU 395 de 2017, y la Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado, al encontrarse inicialmente sujeta la situación pensional del actor, al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello exclusivamente le daría derecho a beneficiarse de los elementos previstos en la Ley anterior, que para el caso del actor, sería el Decreto Ley 929 de 1976, atinentes a: i) edad para acceder a la pensión de vejez, ii) tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y iii) monto de la pensión de vejez (tasa de reemplazo), pero entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación – IBL –, componente este último para el cual debe seguirse inexorablemente lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición.

Ahora bien, en virtud del principio de favorabilidad, la entidad demandada reconoció el derecho pensional aplicando en su integridad el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, toda vez era más beneficioso para el demandante, al compararlo con los otros regímenes aplicables, como se muestra a continuación:

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	Valor IBL 1	Valor IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual
20 años de servicio y 55 o 60 años de edad con Régimen de Transición Ley 71 de 1988 - Legal	3 de diciembre de 2001	28 de diciembre de 2012	2.725.623	1.850.916	1	75.00	2.362.662
1000 semanas y 55 o 60 años de edad Ley 100 - Legal	3 de diciembre de 2001	28 de diciembre de 2012	2.748.443	1.850.916	1	82.00	2.604.805
20 años y 55 años de edad -Ley 33	9 de abril de 2002	28 de diciembre de 2012	2.718.422	1.867.098	1	75.00	2.356.420
20 años y 50 o 55 años de edad - Decreto 929	9 de abril de 2002	28 de diciembre de 2012	2.718.422	1.867.092	1	75.00	2.356.420

Conforme lo anterior, no es posible aplicarle al demandante, el régimen contemplado en la el Decreto 929 de 1976, de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, en tal caso, sería aplicable bajo el régimen de

transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la forma antes expuesta, lo cual es menos beneficioso que el régimen general previsto en la Ley 100, aplicado en los actos acusados.

El principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, recae, por su parte sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica, sobre el cual surgen dudas; que “debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, carácter que en este caso no tiene la supuesta duda planteada por la demandante, pues tanto el IBL como la tasa de reemplazo previstos en el régimen especial y el general invocados por el actor están dotados de claridad y la supuesta duda la hace surgir invocando la posibilidad de integrar elementos de una y otra norma para integrar una tercera.

Finalmente, el principio de la condición más beneficiosa, impone ante una misma situación jurídica regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, el deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas de escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador, pero en ningún caso permite al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

Ahora bien, precisa la Sala que, en aplicación de la regla de interpretación adoptada por el Consejo de Estado, en la sentencia de Sala plena del 28 de agosto de 2018, citada en el marco normativo y jurisprudencial, los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional, en aplicación de la Ley 100 de 1993 son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre que ellos hayan sido devengados por el actor.

En este orden, se advierte que el actor solo probó que durante el último semestre de prestación de servicios, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios prestados, de conformidad con lo establecido en la certificación expedida por la Contraloría General de la República (Fl. 89); sin embargo no se probó que el demandante haya devengado sobre otros factores adicionales a los tenidos en cuenta por la accionada al momento de liquidar su pensión y que estén enlistados en el

Decreto 1158 de 1994, por lo que a juicio de la Sala, el quantum pensional fue correctamente liquidado y debe mantenerse la legalidad de los actos acusados.

Así las cosas, la Sala confirmará el fallo apelado sentencia oral de fecha catorce (14) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

6.1. Condena en costas en segunda instancia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, sería procedente condenar en costas a la parte demandante; sin embargo, esta Corporación se abstendrá de hacerlo, por razones de equidad y respeto al principio de buena fe; teniendo en cuenta que cuando se presentó la demanda, estaba vigente la línea jurisprudencial, en virtud de la cual al accionante le asistiría el derecho reclamado.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha catorce (14) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia procesal.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA