Cartagena de Indias D. T. y C, veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2016-00094-01
Demandante	GLADYS ESTHER RUBIO DE HERNÁNDEZ
Demandado	NACIÓN - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP
Tema	IBL
Actuación	SENTENCIA DE 2° INSTANCIA
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de fecha 11 de octubre del 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2. LA DEMANDA

2.1 Pretensiones.

El apoderado de la actora solicita en síntesis que se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 002380 del 24 de enero de 2014 y RDP 007401 del 3 de marzo de 2014, mediante las cuales se niega la petición de reliquidación de pensión de la actora y se confirma dicha decisión.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la demandada efectuar en favor de la actora la reliquidación de la pensión con el 75% del promedio de lo devengado en el último año con todos los factores salariales.

2.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

Mediante la resolución N° 11326 del 6 de mayo de 20 se le reconoció al actor pensión vitalicia de vejez y esta fue reliquidada mediante la resolución No.

019871 del 12 de septiembre del 2000 sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al retiro del servicio.

Elevó petición el 14 de enero de 2014 pidiendo la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales devengado durante los 12 meses anteriores al retiro del servicio.

La demanda negó la reliquidación.

2.3 Normas violadas y concepto de la violación.

El apoderado demandante señaló como normas violadas las siguientes:

1. Constitucionales: Artículos 2, 4, 13, 25, 48 y 53.

2. Legales: Código Civil articulo 10; Ley 57 de 1887 articulo 5; Ley 4 de 1966 articulo 4; ley 71 de 1988; decreto 1743 de 1966 articulo 5; decreto 1042 de 1978 articulo 42; ley 6 de 1945Ley 33 de 1985: articulo 1; Decreto 1045 de 1978 articulo 45; ley 6 de 1945; ley 5 de 1969; ley 54 de 1962; ley 812 de 2003 articulo 81 numeral 4°.

Sostiene que en el caso particular la administración abusó de su competencia discrecional al negar sin fundamento legal ni jurisprudencial la reliquidación de la pensión de vejez con la totalidad de los factores salariales e indexación de la mesada pensional, es decir que es una decisión arbitraria.

Asegura que se violan normas constitucionales y convenios internacionales dado que se trata de derechos inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

Que la actora es beneficiaria del régimen de transición toda vez que nació el 29 de enero de 1942 y a 1 de abril de 1994 contaba con 52 años de edad, razón por la cual, el régimen aplicable es el de la ley 33 de 1985.

3. La contestación.

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que las mismas carecen de fundamento de orden legal y factico.

Al respecto sostuvo que la administradora de pensiones ha venido aplicando en sus decisiones el criterio de que el reconocimiento y la liquidación de las pensiones del régimen de transición se realiza únicamente respetando los beneficios de edad, tiempo y monto del régimen pensional de que era

beneficiario el titular del derecho, razón por la cual la liquidación se realizó conforme con lo establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 10 de 1993, es decir, con el tiempo que le hacía falta para cumplir el status pensional o con los últimos 10 años devengados , según fuese el caso y tomando como factores de liquidación los establecidos en el decreto 1158 de 1994.

4. Sentencia de primera instancia.

El a quo concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, en el sentido que encontró ajustado a derecho que a la demandante se le reliquide su pensión en cuantía equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado en el ultimo año de servicios, con la inclusión de todas las sumas devengadas en dicho periodo, y partiendo de la definición de salario adoptada por el Consejo de Estado.

Aplicó en consecuencia el régimen anterior a la ley 100 de 1993 a plenitud, incluyendo el IBL.

5. Recurso de apelación

5.1. UGPP.

La apoderada de la parte demandada aduce que como reparo concreto que la sentencia no concuerda con lo establecido en la ley 100 de 1993 ni con el precedente constitucional de unificación (sentencia C – 258 de 2013 y SU 230 de 2015) en el entendido de que los actos cuestionados dieron aplicación taxativa al régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

5.2. Parte demandante.

Acusa el actor la sentencia de incongruente porque no existe razón jurídica – a su juicio - para declarar la nulidad parcial de la resolución NO. 11326 del 06 de mayo de 1998 que reconoció la pensión a la actora, ni la nulidad total de la resolución No. 019871 del 12 de septiembre de 2000 que mejoro el derecho pensional. En ese orden ruega por la modificación del numeral primero del fallo en el entendido de declarar que la nulidad total hace relación con la resolución RDP 002380 del 24 de enero de 2014 y la resolución RDP 007401 del 3 de marzo de 2014 que negaron la reliquidación con la totalidad de los factores salariales devengados durante el ultimo año.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

4.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

> ***"Art. 320. Fines de la apelación.*** *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante****, para que el superior revoque o reforme la decisión.*

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem: "tantum devolutum quuantum appellatum"*.

4.3. Problema jurídico.

Dados los límites fijados, se contraerá el debate a resolver el siguiente interrogante:

¿Debe la liquidación de la pensión del accionante gobernarse bajo los presupuestos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluyendo por ende **sólo** los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, o debe acogerse la posición planteada por el *a – quo* que conduce a la aplicación plena de la norma anterior a la ley general de pensiones, con todo y la promediacion del IBL**?**

De concluirse lo segundo se analizará si es del caso proceder a la reforma invocada por el demandante en su alzada.

4.4. Tesis.

Se sostendrá que para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos, pertenecientes al **régimen de transición** creado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se deben tener en cuenta los presupuestos de **edad, semanas cotizadas o tiempo de servicios y monto** bajo los regímenes anteriores o especiales aplicables a cada caso concreto. Sin embargo para la promediación del Ingreso Base de Liquidación **(IBL)** de cada persona, se deben tener en cuenta las previsiones del inciso 3° del artículo 36 si al titular del derecho, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaren menos de 10 años para adquirir la calidad de pensionado, o el artículo 21 de la misma norma, si le descontaren más de 10 años; así mismo, sólo se deben tener en cuenta para dicho cálculo los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.

4.6. Marco normativo y jurisprudencial.

De los factores salariales como elementos del IBL excluidos del régimen de transición y su regulación bajo la ley 100 de 1993.

La reliquidación pensional de las personas que en su época productiva prestaron sus servicios laborales a entidades del Estado, sea de forma continua e ininterrumpida, fraccionada en distintos períodos de tiempo o alternada con entidades del sector privado, constituye un tema que es concurrente dentro de los estrados judiciales, en donde se resuelven dichos asuntos a la luz de las interpretaciones jurisprudenciales efectuadas por las Altas Cortes.

Es así como, tanto el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo como el de la Jurisdicción Constitucional han sentado sus posiciones sobre el tema, siendo el Consejo de Estado de la postura de incluir el Ingreso Base de Liquidación dentro del concepto de monto, por lo que queda subsumido en el régimen anterior al régimen general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, mientras que la Corte Constitucional, efectuando un análisis sistemático y literal del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concluye que el Ingreso Base de Liquidación se excluye del régimen de transición y debe regirse bajo los parámetros del nuevo Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, corresponde a ésta Sala de decisión acoger una de las anteriores concepciones, por lo que se recurre a la naturaleza jurídica del derecho que enmarca el reconocimiento de las pensiones, a fin de determinar la autoridad judicial competente para sentar precedente en ésta materia, por lo cual se estudiará el tema en forma inductiva, desde lo particular a lo general, partiendo de un concepto específico como es la pensión, hasta llegar a su desarrollo normativo como materialización de un derecho, en un sentido más amplio.

En este orden de ideas, se concibe la pensión como el importe que recibe la persona de forma mensual, durante la etapa no productiva de su vida, en forma de contraprestación a sus años de esfuerzo en el rol de trabajador, ya sea como dependiente o independiente, que se otorga con base al cumplimiento de requisitos legales, como son edad, número de semanas cotizadas y monto determinado, lo cual la constituye en una prestación social, que al ser asumida como tal, se enmarca dentro del ámbito de la seguridad social, en vista que ésta última como el conjunto de medidas encaminadas a la protección de la población, termina siendo su garante. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T- 690 de 2014 informó:

"El concepto de "seguridad social" hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas, por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo."

Por consiguiente, al dejar por sentado que el derecho a la pensión se encuentra inmerso dentro de la seguridad social, se prosigue a analizar la naturaleza de dicho concepto, el cual se caracteriza por ser dual, al tener la connotación de servicio público y de derecho fundamental simultáneamente, siendo ésta última condición, la que direcciona el presente análisis a un enfoque constitucional, en la medida en que es la misma Constitución Política, la encargada de regular la seguridad social en su artículo 48, así:

"ARTICULO 48. *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.*

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que*

señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.*

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.*

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.*

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.*

PARÁGRAFO 1o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.*

PARÁGRAFO 2o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO 3o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO 4o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 5o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año". (Negrillas fuera de texto).*

De lo anterior se colige, al no quedar dudas del carácter Constitucional y por ende fundamental de la pensión, que el mencionado derecho es desarrollado jurisprudencialmente, en primera instancia por el Órgano Judicial encargado de la guarda y custodia de la Constitución, como es la Corte Constitucional, tal y como lo establece el artículo 241 superior, por lo cual, las decisiones que profiera dicho Tribunal, sobre los asuntos meramente Constitucionales comportan un precedente vinculante tanto para la Jurisdicción Constitucional, como para los demás operadores judiciales, en la medida en que es de alcance no sólo vertical sino también horizontal, razón por la cual,

ésta Sala de decisión desde ya resuelve acogerse a la interpretación decantada por la Corte Constitucional, apartándose de la pacífica y constante línea argumentativa del Consejo de Estado, como órgano de cierre de nuestra jurisdicción.

En consecuencia, ha de examinarse la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre reliquidación pensional desde sus primeros pronunciamientos, iniciando con el contemplado en la sentencia **C – 168 de 1995**, donde se declara exequible el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a excepción del último inciso, pues en este se planteaba una situación de desigualdad entre el momento de adquirir la pensión de los empleados públicos y los trabajadores del sector privado.

Entretanto, en la sentencia **C – 279 de 1996**, se aborda el tópico de los factores salariales, desde el estudio de la inclusión o no de una prima dentro de la liquidación pensional de un ciudadano, resolviendo finalmente no otorgar a dicho emolumento, el carácter de factor salarial.

En la sentencia **C – 258 de 2013**, se hace referencia al alcance e interpretación del Ingreso Base de Liquidación, con relación al régimen de transición; considerando que **de dicho régimen se excluye el IBL**, al ser éste reglamentado por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, se decide declarar inexequible la expresión "último año" contenida en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, en vista de que no era dable liquidar IBL pensional sobre un año, cuando los artículos 21 y 36 de la ley 100 de 1993 señalaban otros períodos de tiempo, pues ello redundaba en una ventaja que no previó el Legislador en la creación del nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que se declaró que reconocer la pensión de vejez de las personas pertenecientes al régimen de transición, aplicando sólo los regímenes anteriores, sin tener en cuenta el IBL del artículo 36, resultaba ser un claro **"abuso del derecho".**

Así mismo, mediante el **Auto 326 de 2014**, la Sala plena de la Corte Constitucional extendió el alcance de la interpretación sobre ingreso base de liquidación efectuada en la sentencia **C – 258 de 2013**, a toda la población perteneciente al régimen de transición, pues implicaba un "precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no debía ser desconocido en forma alguna".

Con posterioridad, la Corte se pronunció sobre la liquidación pensional en la sentencia **SU – 230 de 2015**, planteando allí dos conceptos de monto, el primero ajustable a los regímenes especiales, entendido como "el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de remplazo al promedio de la liquidación del

respectivo régimen" y el segundo adaptable al régimen de transición, como un "privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993".

En la sentencia **SU – 427 de 2016** se afirma que **al liquidar la pensión con base en el último año se puede incurrir en otorgar ventajas irrazonadas que no guardan relación con la vida laboral de los pensionados**, pues por lo general en el último año se obtienen salarios que nunca antes tuvieron, logrando entonces que su pensión se base en sumas que no corresponden a la realidad de su trayectoria laboral.

Ahora bien, pese a todos los pronunciamientos anteriores, la Corte en la sentencia **SU – 210 de 2017**, se aparta un poco de la tesis que defendía sobre el ingreso base de liquidación, señalando que el mismo hacía parte del concepto de monto del que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que por tanto es regulado por el régimen anterior. **No obstante ello, termina aceptado la teoría que indica que el IBL debe ser regulado bajo el nuevo Régimen General de Pensiones.**

Por demás, la Corte Constitucional, en dos jurisprudencias recientes, mismas que prohíja esta Sala, recoge toda la anterior línea argumentativa; estas son: la T – 039 de 2018 y la SU - 395 de 2017, ambas, orientadas a los factores salariales.

En el pronunciamiento **T – 039 de 2018**, luego de un recuento histórico y normativo la Corte Constitucional sienta como pautas de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que el concepto monto, maneja dos acepciones, una enfocada a los regímenes especiales y otra para el régimen de transición, la primera asumida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen, y la segunda, aplicable al régimen de transición, que se concibe como un privilegio legal para las personas próximas a adquirir el derecho, pero que al no ser cristalizada dicha facultad, son destinatarios de unas reglas propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo expuso en algunas decisiones anteriores.

En ese mismo sentido, el máximo Tribunal continuó desglosando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en un sentido finalístico, que pone sobre el tapiz de análisis las siguientes premisas:

a). La condiciones modales y temporales para ser beneficiario del régimen de transición son tres:

- Tener 35 años o más si es mujer.
- Tener 40 años o más si es hombre.
- Tener mínimo 15 años de cotización.

b). Los elementos de la pensión de las personas que hagan parte del régimen de transición, que se reglamentan por la normatividad de los regímenes anteriores son:

- La edad.
- Tiempo de semanas cotizadas.
- El monto

c). Los demás elementos de la pensión, de las personas cobijadas por el régimen de transición serán regulados por la Ley 100 de 1993.

d). El Ingreso Base de Liquidación para las personas cobijadas por el régimen de transición, que les faltare menos de 10 años para adquirir el reconocimiento del derecho a la pensión se así:

- Promedio de lo devengado en el tiempo faltante.
- A partir de lo cotizado durante todo el tiempo restante si fuere superior, siendo además actualizado con base al índice de precios al consumidor.

e). Al no ser mencionados en el inciso 3° del artículo 36, a los afiliados del régimen de transición que le hicieren falta más de 10 años para adquirir la pensión, se les reglamentará su Ingreso Base de Liquidación, por la prescripción normativa contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que reza lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.*** *Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
>
> *Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo".*

f). La forma de renunciar a la reglamentación de la pensión bajo las normas de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, es acogerse voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En ese orden, se puntualiza que al sólo hacer parte del régimen de transición los elementos edad, tiempo cotizado y monto, el Ingreso Base de Liquidación debe ser inexorablemente regulado por la Ley 100 de 1993.

Por su parte, la sentencia **SU – 395 de 2017**, a partir del estudio del defecto sustantivo y violación directa de la Constitución supuestamente perpetrada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en su interpretación sobre los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 frente al régimen de transición aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales, determina unas pautas generales, con efectos *erga omnes*, sobre los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto pensional.

Es así como, ésta providencia analiza el artículo 48 Constitucional en su inciso 12, puntualmente, determinando que la razón de ser del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es precisamente propiciar la estabilidad del nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que lo liquidado debe ser proporcional a lo realmente cotizado, basándose además en lo dispuesto por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, donde se hace especial énfasis en la sostenibilidad financiera del sistema en mención, por la que debe propender el Estado Colombiano, así:

> *"En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición,* ***la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993****"*
> *(Negrillas fuera de texto).*

De lo que se desprende que en cuanto a factores salariales, la Corte ya se ha manifestado concretamente, determinando que no es posible tener en cuenta emolumentos que no se encuentren señalados taxativamente dentro de la legislación del nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que es dable colegir que los elementos del salario que se incluirán en el cálculo del monto pensional, serán los dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, como norma reglamentaria de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior se refleja expresamente y sin lugar a equívocos, tal y como se extracta:

> *"En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto.* ***En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994."*** (Negrillas fuera e texto).

Finalmente, en pronunciamiento de unificación que data del 5 de abril del 2018 (**SU – 023 de 2018**), la Corte reafirmó la tesis decantada en el sentido de que "*el régimen de transición en comento únicamente ampara las reglas relacionadas con* ***la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo****; en otras palabras, que los aspectos referentes al cálculo del IBL deben regirse por las normas que se encuentren vigentes.*", entendiéndose por tal, para el asunto de marras, la ley 100 de 1993.

De sus líneas es posible observar además, entre otros, dos aspectos de suma relevancia a juicio de la Sala que es menester subrayar, mismos que tienen que ver con que, de un lado, de una vez por todas se define el concepto de monto, para entenderlo como tasa de reemplazo, y del otro, se cimenta la idea de que los factores constitutivos de salario deben gobernarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017, es decir, como viene de estudiarse, conforme a la normativa actual, en este caso, el Decreto 1158 de 1994.

Concluye el aludido fallo de unificación como sub reglas principales que fijan el alcance del régimen de transición, las siguientes:

> *"(...)*
>
> *(i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.*
>
> *(ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.*
>
> *(iii) El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.*

(iv) A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: ***(i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.*** (Negrillas y subrayas de la Sala)

(v) ***El monto corresponde a la tasa de reemplazo o****, en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión.* (Negrillas y subrayas de la Sala)

(vi) ***El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3° del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibídem y otras normas especiales en la materia.*** (Negrillas y subrayas de la Sala)

(vii) Los factores constitutivos de salario, que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, por un lado, deben valorarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017 y, por el otro, tienen que ser específicamente calculados para cada caso en concreto. (Negrillas y subrayas puestas por la Sala)

(...)".

Así las cosas, se concluye y fija a manera de tesis de la presente decisión que, para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos, pertenecientes al régimen de transición creado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se deben tener en cuenta los presupuestos de edad, semanas cotizadas o tiempo de servicios y monto (tasa de reemplazo) bajo los regímenes anteriores o especiales aplicables a cada caso concreto. Sin embargo para la promediación del Ingreso Base de Liquidación **(IBL)** de cada persona, se deben tener en cuenta las previsiones del inciso 3° del artículo 36 si al titular del derecho a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaren menos de 10 años para adquirir la calidad de pensionado, o el artículo 21 de la misma norma, si le descontaren más de 10 años; así mismo, sólo se deben tener en cuenta para dicho cálculo los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.

4.6. El caso concreto.

Hechos relevantes probados.

a). Con la Resolución N° 011326 del 6 de mayo de 1998 (fls. 2 a 6 Cdno. No. 1) se reconoció la pensión de jubilación a la actora por ser beneficiaria del Régimen de Transición, ya que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenía más de 35 años.

Se evidencia además que para efectos de dicho reconocimiento, se tuvo en cuenta, a efectos de la liquidación de su mesada, lo que ordena el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en el sentido de promediarla en el equivalente al 75% del promedio de lo devengado en los últimos 3 años 3 meses, atendiendo que

a la entrada en vigencia de la citada ley general de pensiones le faltaban menos de 10 años, es decir, según lo dispone el inciso tercero de la regla 36 ibídem.

Por demás, según su texto que fueron aplicables además la ley 33 de 1985 y el decreto 1158 de 1994.

b). Con la Resolución RDP 002380 del 24 de enero de 2014 (acto cuestionado) tuvo como justificación de motivos para negar la solicitud de reliquidación pensional los siguientes argumentos:

> *"(...)*
>
> *Así las cosas, el Comité Jurídico Institucional ha definido mantener la posición actual para la aplicación de factores y base de liquidación en beneficiarios de la ley 33 de 1985 en virtud al Régimen de Transición de la Ley 100, esto es liquidar estas pensiones con base en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta al afiliado para cumplir el status pensional, los últimos 10 años o todo el tiempo si le resulta más favorable teniendo en cuenta los factores dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, ..."*

Se tiene entonces que se negó la solicitud de reliquidación en los términos solicitados, es decir, conforme la ley 33 de 1985, y se persistió en que el IBL pensional se debe estar a lo que ordena el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994 en lo que hace relación al factores.

Solución y conclusiones.

La controversia suscitada sugiere entonces, descartando de entrada que efectivamente la actora es beneficiaria del Régimen de Transición (pues no es asunto sometido al debate), dilucidar si el ingreso base de liquidación calculado en el caso particular debe comprender el salario promedio devengado en el último año de prestación de servicios, tal y como lo expone la ley 33 de 1985 (tesis sostenida por el *a quo*).

Síguese entonces precisar que en el *sub examine* no es atinado ni acorde con el ordenamiento jurídico y especialmente con la interpretación jurisprudencial de unificación esgrimida por la Corte Constitucional (según se vio), exigirle a la demandada una liquidación pensional con base en la ley 33 de 1985, pues resulta ser norma No aplicable al asunto concreto.

Evidentemente, los actos cuestionados se fincaron precisamente en las normas aplicables al caso particular, esto es, aquellas comprendidas en la ley 100 de 1993, según las cuales, a todas las personas que sean beneficiarias del régimen

de transición (art. 36 de la ley 100 de 1993), les es aplicable la norma anterior **pero solo en lo concerniente a los requisitos para pensionarse, advirtiendo que en lo referente al IBL (con todo y sus factores), ha de estarse a lo prescrito en la precitada la ley 100 de 1993, específicamente el artículo 36, de suyo armónico en esencia con la regla 21 ibídem y sus decretos reglamentarios (decreto 1158 de 1994 modificatorio del artículo 6 del decreto 691 de 1994).**

Por lo anterior, resulta verdad de perogruyo que los cargos achacados a los actos demandados no pueden prosperar, pues la base normativa que se dice fue inobservada para su formación, realmente no compone su verdadero fundamento jurídico tal y como ha quedado establecido en el análisis normativo y jurisprudencial de esta decisión.

Del contenido literal de las resoluciones demandadas se extrae que fueron tenidas en cuenta las normas de la ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994 a efectos de determinar el IBL, tal y como lo indica la doctrina constitucional y los propios textos legales que rigen lo concerniente al IBL según la tesis jurisprudencial que hace suya en esta oportunidad esta Sala de Decisión.

Por demás, en el expediente no obra prueba documental que indique cuales eran los factores que componían la base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de la demandante, luego no es posible en consecuencia determinar cuáles eran en esencia los factores que comprendían el salario o lo devengado respecto de la ciudadana que demanda en esta oportunidad.

Lo anterior por cuanto, para que la Sala se decante por la idea de que en el *sub lite* se dejaron de reconocer al momento de establecer el IBL algunos factores salariales, debe tener claro, por razón de las evidencias, cuáles eran los factores que efectivamente se tuvieron en cuenta para calcular los aportes al Sistema General de Pensiones de la actora, pues que esto es lo que constituye la base para liquidar, según los dictados del decreto reglamentario 1158 de 1994, luego ante la ausencia de elementos de juicio que arrimen claridad a Sala al respecto, **se debe estar a lo que los actos administrativos cuestionados enseñan,** pues la sola manifestación no alcanza para derribar la presunción de legalidad con que se arropan.

Con todo, no es suficiente para determinar cuáles eran los factores que constituían el salario, las certificaciones que militan entre los folios 20 a 22 del cuaderno No. 1, pues ello comprende solamente aquello devengado en el último año, y de suyo resulta insuficiente, habida cuenta que no es posible determinar si constituyeron estos base para calcular los aportes al Sistema General de Pensiones.

Dicho lo anterior, como corolario resta simplemente manifestar para resolver el problema jurídico que el régimen que regula el IBL de la demandante es la ley general de pensiones (ley 100 de 1993) y sus decretos reglamentarios (decreto 1158 de 1994), no así la ley 33 y 62 de 1985, por consiguiente, resuelto el problema jurídico planteado, debe colegirse que no se derribó la presunción de legalidad de los actos demandados, y entonces, lo que debe imperar es la revocatoria de la sentencia apelada para denegar las suplicas de la de la demanda.

Por sustracción de materia y dado lo que la colegiatura ha definido, queda la misma relevada de resolver sobre la alzada propuesta por el demandante, la cual necesariamente debe entenderse despachada desfavorablemente, pues resulta imposible ajustar las declaraciones del fallo apelado en los términos sugeridos por el actor, habida consideración que la decisión fue revocada en su totalidad.

4.7. Condena en costas en segunda instancia.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte *"a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación"*, y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado por ser esta a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las misma las agencias en derecho, en aplicación del acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

No habrá condena en costas en contra del ente demandado por cuanto su censura salió airosa.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 001, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia **NIÉGANSE** las suplicas de la demanda.

TERCERO: CONDÉNASE en costas en segunda instancia a la parte **demandante**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Sin condena en costas en la instancia a la parte demandada.

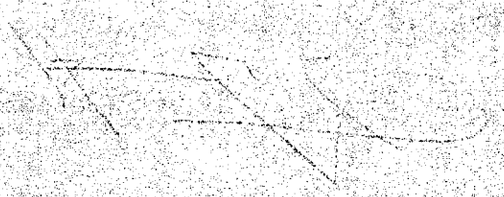
CUARTO: DEVÚELVASE el expediente al Juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia XXI"

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ