Cartagena de Indias D. T. y C, primero (01) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2014-00371-01
Demandante	MARINA ESTELA PUERTA PUERTA
Demandado	COLPENSIONES
Tema	IBL
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

2.1.1. Pretensiones.

El apoderado de la actora solicita que se declare la nulidad del acto ficto negativo que negó la reliquidación pensional de la demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la demandada efectuar en favor de la actora *la reliquidación de la pensión* con todos los factores salariales devengados como lo dispone la sentencia de 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila y de conformidad con lo preceptuado por la ley 33 de 1985.

2.1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

-La actora prestó sus servicios en el extinto Hospital Universitario de Cartagena desde el 30 de agosto de 1983 hasta el 22 de agosto de 2003 en calidad de auxiliar de enfermería.

- Colpensiones reconoció la pensión mediante resolución GNR 259610 del 16 de octubre de 2013.

- El anterior acto no liquido la prestación incluyendo la totalidad de los factores salariales que componen sus ingresos y tampoco al momento de liquidar el monto de su mesada pensional se indexó correctamente.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 2, 6, 25 y 58

- Ley 33 de 1985: artículo 1

- ley 100 de 1993: artículo 36

Expresó que la demandada debe reconocer la reliquidación de la pensión de vejez con los beneficios del régimen de transición de la ley 100 de 1993, norma que en el caso concreto la traslada a lo preceptuado por el artículo 1° de la ley 33 de 1985, significando esto que su pensión deba ser liquidada de acuerdo a sus parámetros.

2.2. 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.

Afirma que a pesar de que cumple en debida forma con uno de los requisitos exigidos como es la edad, que en el asunto es de 55 años de edad, no cumple en debida forma el requisito del tiempo, toda vez que no ostenta 20 años de servicio público, por lo cual no es procedente reconocer la pensión de jubilación contemplada en el artículo 1 de la ley 33 de 1985, y es necesario recalcar que por ello la pensión fue liquidada en legal forma conforme a las disposiciones legales aplicables al caso.

2.3. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en sentencia del 11 de marzo de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda, en el

sentido que encontró ajustado a derecho que a la demandante se le reliquide su pensión.

Declaró entonces la nulidad del acto ficto negativo y en consecuencia ordenó la reliquidación incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios (2002-2003), teniendo en cuenta además de la asignación básica, la prima de alimentación, subsidio de transporte y bonificación por servicios, a partir del 13 de febrero de 2012 fecha en que adquirió el status.

Se ordenó igualmente el pago de las diferencias pensionales que resultaren de la reliquidación y la indexación de la primera mesada.

2.4. Recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandada ataca la providencia por cuanto – según su dicho – la correcta definición y entendimiento del artículo 36 de la ley 100 de 1993 señala que el ingreso base de liquidación no fue aspecto sometido a transición y las reglas para calcularlo son las siguientes:

- Quienes a 1° de abril de 1994 del faltare menos de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el ingreso base de liquidación se determinara conforme lo establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

- Quienes a 1° de abril de 1994 les faltare más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el ingreso base de liquidación se determinará conforme a los establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

2.5. Concepto del ministerio público.

El Ministerio Público no emitió concepto.

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 en los recursos, se contraerá el debate a resolver el siguiente interrogante:

¿Debe la liquidación de la pensión del accionante gobernarse bajo los presupuestos de la ley general de pensiones (artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993), incluyendo por ende **sólo** los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994 y teniendo en cuenta los 10 últimos años de servicios, o debe acogerse la posición planteada por el a – quo**?**

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 (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 de la ley 100 d e1993 si al titular del derecho a la entrada en vigencia de dicha la ley, 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.

4.5. 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, ello en concordancia con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-690 de 2014 así:

> *"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 resuelve en adelante, acogerse a la interpretación decantada por la Corte Constitucional, apartándose de la línea argumentativa del Consejo de Estado.

En consecuencia, se examina 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 ese 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 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".

Posteriormente 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.**

Finalmente, la Corte emite dos jurisprudencias recientes, mismas que prohíja y hace suyas esta Sala, consideradas claves para la reglamentación del cálculo de la pensión, en cuanto recogen toda la línea argumentativa del máximo Tribunal Constitucional; estas son: la T – 039 de 2018 enfocada al IBL y la SU - 395 de 2017, ambas, orientadas a los factores salariales, así:

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, continúa 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 reglamentarán por la normatividad de los regímenes anteriores son:

- La edad.

- Tiempo de semanas cotizadas.
- El monto

c). Se contempla de forma expresa que los demás elementos de la pensión, de las personas cobijadas por el régimen de transición serán regulados por la Ley 100 de 1993.

d). Se determina 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 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). Se establece que 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). Se fija que 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.

<u>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.</u>

Por su parte, la sentencia **<u>SU – 395 de 2017</u>**, 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 a incluir en el cálculo del monto pensional, deben ser 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 en la providencia objeto de análisis que describió lo siguiente:

> *"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).

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 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 tendrán 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° GNR 259610 de 16 de octubre de 2013 (fls. 11 a 14 Cdno. No. 1) donde se indica que la señora MARINA ESTELA PUERRTA PUERTA, nació el día 23 de julio de 1955, se comprueba que la misma a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenía más de 35 años, por tanto es beneficiaria del régimen de transición pensional. Así fue aceptado por la demandada, al punto que resulto ser este aspecto un componente del acto de reconocimiento pensional, tal y como se desprende de su texto.

b). Se acreditó igualmente que por tratarse de una persona beneficiaria del régimen de transición, le fueron aplicadas las normas de la ley 100 de 1993 respecto al ILB, y específicamente el acto legislativo 01 de 2005. Sobre el particular la base motivacional del acto de reconocimiento pensional expuso:

"(...)

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de 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.

Que igualmente de conformidad con lo establecido en el parágrafo 4 transitorio del Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 finaliza el 31 de julio de 2010 y podrá extenderse hasta el año 2014 en los siguientes términos:

(....)

Que la Vicepresidenta Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios, mediante Circular 01 de 2012, establecieron que para el cálculo del ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se aplicaran las siguientes reglas:

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, será el promedio de lo devengado o cotizado entre el tiempo que le hiciere falta desde la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de adquisición del derecho a la pensión, o el de todo el tiempo si fuere superior.

Para los que le faltare más de 10 años, el ingreso base de liquidación será calculado de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993; es decir, el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años o el de toda la vida laboral se tuviera 1250 o más semanas, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC), según certificación que expida el DANE.

Que para obtener el ingreso base de liquidación de la presente prestación, se toman los factores salariales establecidos en el artículo 1 del decreto 1158 de 3 de junio de 1994. (Negrillas puestas por la Sala).

(...)"

Solución y conclusiones.

La controversia suscitada sugiere 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*) o si por el contrario lo que impera es la aplicación de la ley general de pensiones y con ello, el promedio de los últimos 10 años.

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, el acto de reconocimiento de la pensión, es decir, la resolución GNR 259610 del 16 de octubre del 2013, que no el cuestionado, pues ha de recordarse que el acto que se acusa el ficto derivado de la no contestación de la petición de reliquidación (fl. 21) se fincó 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), este debe gobernarse por la precitada la ley 100 de 1993, específicamente el artículo 36 inciso 3°, 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 al acto demandado 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. Con todo y aun cuando se trata de una acto presunto que por si, solamente conlleva a colegir la negativa de la administración, sin más, pues no hay motivación que analizar, deviene claro que dicha negativa hace relación a los fundamentos de la pretensión que se invoca en este contencioso subjetivo, pues la petición que le dio origen así lo corrobora, cuales son, la reliquidación del IBL pensional con base en la ley 33 de 1985 y no en la ley 100 de 1993.

El acto reprochado entonces deviene inescindible entonces, por lo menos, desde el punto de vista de sus argumentos, con aquel que primigeniamente reconoció el derecho pensional y de lo que se revela que la administración tuvo en cuenta para establecer el **IBL** las normas de la ley 100 de 1993, específicamente el artículo 36 inciso 3, en armonía con la regla 21 ídem; y como factores salariales, la asignación básica mensual, y otros factores conforme al decreto 1158 de 1994. Se dice "otros" porque sabido es que la accionante terminó su servicio con una asignación mensual de $ 770.531 según se observa de la certificación que obra a folio 17.

Del contenido literal de la mentada resolución se extrae (aun cuando no es el acto cuestionado), 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, es necesario poner de relieve que 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 con certeza cuáles eran los factores que comprendían el salario o lo devengado **en los últimos diez (10) años**, o durante toda su vida laboral, según el caso, respecto de la ciudadana que demanda en esta oportunidad.

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 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 la 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.

Por demás, salvo aquello que concierne a la "bonificación por servicios", los factores que las certificaciones aportadas (fls. 18, 19y 20 Cdno. 1) revelan fueron cancelados a la accionante no coinciden con los que esboza el artículo 1 del aludido decreto 1158 de 1994, luego no pueden comprender factor salarial liquidable en la base para la pensión.

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.

4.7. Condena en costas en segunda instancia.

No habrá condena costas en la instancia, por cuanto el censor salió airoso.

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

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

TERCERO: Sin condena en costas.

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**