



Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

### I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de Control:</b>	Nulidad y Restablecimiento del derecho
<b>Radicación:</b>	13-001-33-33-005-2016-00132-01
<b>Demandante:</b>	Efrén Camargo Caballero
<b>Demandado:</b>	Colpensiones
<b>Asunto</b>	Reliquidación de pensión de jubilación
<b>Magistrado Ponente:</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras

### II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de septiembre de 2017, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

### III. ANTECEDENTES

#### 3.1. DEMANDA

##### a) Pretensiones

El señor Efrén Camargo Caballero presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra Colpensiones, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:<sup>1</sup>

*1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 0006569 del 29 de abril de 2010 en cuanto al valor de la liquidación de la pensión de vejez, expedida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de los Seguros Sociales y en la cual se le reconoce la pensión de vejez al señor Eren Camargo Caballero.*

*2. Declarar la nulidad parcial de la Resolución 00000219 de 2012, en cuanto a la liquidación de la pensión de vejez, expedida por la Asesora II de la Gerente Nacional de Atención al Pensionado Mónica Liliana Torres Bernal del Instituto de los Seguros Sociales y mediante la cual se ingresó en nómina de pensionado la pensión de vejez reconocida mediante Resolución No 00000219 de 2012.*

*3. Declarar la nulidad de la Resolución GNR 187270 del 23 de junio de 2015, expedida por la Gerente Nacional de Reconocimiento Colpensiones a través de la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez al señor Efrén Camargo Caballero.*

*4. Declarar la nulidad de la Resolución VPB 70836 del 18 de noviembre de 2015 expedida por la Vicepresidenta de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones por medio de la cual se confirma la Resolución N° GNR187270 del 23 de junio de 2015, negando la reliquidación solicitada.*

<sup>1</sup> Fs. 31-32 demanda corregida.



Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho en que ha sido lesionado el demandante, se pronuncien con las siguientes o similares condenas:

1. Condenar a Colpensiones a modificar la denominación de la pensión de vejez por una pensión de jubilación, en los términos de la Ley 33 de 1985 por ser beneficiaria del régimen de transición.
2. Condenar a Colpensiones a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a favor del señora Efrén Camargo caballero a partir de su causación, con el 75% del promedio de todo lo devengado durante su último año de servicios, es decir, donde se incluya lo devengado por concepto de sueldo mensual, prima vacacional, prima semestral, prima extra-semestral, prima de navidad y los demás factores devengados.
3. Condenar a Colpensiones a pagar a la demandante el retroactivo pensional que resulte a su favor a partir de la reliquidación de su pensión de jubilación. (...)"

#### **b) Hechos.**

Para sustentar fácticamente las pretensiones el demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Nació el 27 de julio de 1954, por lo que el 27 de julio de 2009 cumplió 55 años de edad; laboró por un total de 1438 semanas, las cuales fueron cotizadas al Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones.

Mediante Resolución No. 0006569 de 2009 Colpensiones, en aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 100/93 y, teniendo en cuenta la Ley 33 de 1985, le reconoció una pensión de jubilación dejándola en suspenso hasta que se acreditara el retiro del servicio.

Por Resolución N° 000002419 de 17 de enero de 2012, se ordenó la inclusión en nómina y el pago de un retroactivo. No obstante, la demandada no tuvo en cuenta los factores salariales devengados el último año de servicios, por lo que el 6 de marzo de 2015 solicitó reliquidación de la pensión de jubilación, la cual fue negada mediante Resolución N° GNR187270 de 23 de junio de 2015.

Contra la resolución anterior, interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución N° VPB 70836 de 18 de noviembre de 2015, mediante la cual se confirmó en todas sus partes.

#### **c) Normas violadas y concepto de la violación.**

La parte demandante afirmó que el acto acusado violó el artículo 6, 53 y 58 de la Constitución Política, el artículo 14, 36 y 288 de la Ley 100/93, Ley 33/85 y Ley 62 de 1985.

Manifestó que el acto acusado contraría los fines esenciales del Estado, porque desconoce el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de



decir, incluyendo el 75% de los factores salariales devengados el último año de servicios.

Agregó que el ingreso base de liquidación, que se aplicará por ser beneficiaria del régimen de transición y haber ostentado la categoría de empleada pública, es el consagrado en la Ley 33 de 1985; es decir, para efectos de la liquidación se debe tener en cuenta el promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, dado que la norma debe ser aplicada en su integridad sin que sea permitido elegir de cada norma lo más ventajoso, pues ello implicaría crear una tercera norma, lo que convertiría al ISS hoy COLPENSIONES en legislador e implicaría afectar el principio de inescindibilidad de las normas.

El régimen de transición respeta las condiciones de edad, tiempo y monto (el cual comprende el IBL) previstas en la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85; por lo cual no es posible liquidar la pensión aplicando edad, tiempo de servicio y monto del régimen anterior y el IBL del nuevo régimen.

Por lo expuesto, los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a una pensión equivalente al 75 % del promedio de los factores del último año, tesis que ha sido acogida de manera mayoritaria por la jurisprudencia del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010.

### 3.2. Contestación. (fs. 91-97)

- **Colpensiones** se opuso a las prosperidad de las pretensiones, señalando que los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades regladas deben tenerse por firmes, inamovibles y revestidos del valor de cosa juzgada, en pro y en contra de los administrados y de la autoridad que los profiere, principio este que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea por error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y hayan sido proferidos con maniobras dolosas o fraudulentas.

En este orden de ideas, las causales por las cuales es procedente declarar la nulidad de un acto administrativo serían las siguientes: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

Transcribió el artículo 36 de la Ley 100/93 sobre régimen pensional de transición, y sostuvo que aquellas personas que al 1° de abril de 1994 cumplieran con alguna de las dos condiciones dispuestas por la norma (edad o tiempo de servicio cotizado), tienen derecho a que, para el reconocimiento de la pensión de vejez, se les tomen en cuenta los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.



Señaló que los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Agregó que del régimen anterior solo se tiene en cuenta la edad, el tiempo y el monto, entendido como la tasa de remplazo porque el IBL es el establecido en la Ley 100 de 1993.

### 3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 123-134)

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2017, resolvió:

**“Primero:** Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 0006569 de fecha 29 abril de 2010 y Resolución N° 00000219 de fecha 17 de enero 2012 proferidas por el ISS la primera que reconoció la pensión de jubilación del señor EFREN CAMARGO CABALLERO y la segunda que lo incluyó en nómina; y la nulidad total de la Resolución N° GNR de 187270 de fecha 23 de junio de 2015 y VPB 70836 de fecha 18 de noviembre de 2015 proferida por Colpensiones y a través de las cuales negó la reliquidación pensional del demandante, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo:** Ordenar se reliquide la pensión reconocida al señor Efrén Camargo Caballero, por medio de la Resolución N° 0006569 de fecha 29 abril de 2010 y Resolución N° 00000219 de fecha 17 de enero 2012 incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios teniendo cuenta: asignación básica, bonificación de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad, horas extra diurnas, a partir de la fecha de retiro del servicio 31 de diciembre de 2011; en cuantía equivalente al 75% del total de todos los factores salariales devengados en último año de servicios. Se declaran prescritas las diferencias anteriores al 6 de marzo de 2012.

**Tercero:** La entidad demandada queda autorizada a hacer los descuentos de los aportes una vez se haga la actualización de los mismos, y establecidos hacer los descuentos del retroactivo a que dé lugar la sentencia que reconoce el reajuste y de las mismas mesadas, pero conforme a las circunstancias y condiciones del demandante para no causarle un perjuicio en su manutención y quienes dependen de él.

**Cuarto:** Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones pagar las diferencias pensionales que resulten de la reliquidación ordenada y el descuento de los aportes que no se hubieran debitado respecto de los nuevos factores. Las sumas aquí ordenadas pagar serán indexadas según lo explicado en la parte motiva de esta sentencia. (...)”

Sostuvo el A – quo, que el demandante es beneficiario del régimen de transición, porque acreditó, que al entrar en vigencia la Ley 100/93 tenía 39 años de edad, toda vez que nació el 6 de agosto de 1954 e inició su vinculación laboral el 15 de octubre de 1976, por lo cual se le debe aplicar la Ley 33 de 1985, en relación con la edad, tiempo de servicios, el monto y factores de liquidación de su prestación.

Por lo anterior, como el demandante acreditó que el año anterior a la adquisición de su estatus pensional devengó además de su asignación básica, bonificación de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad y



horas extra diurnas declaró la nulidad del acto administrativo demandando y ordenó la reliquidación de la pensión con la inclusión de dichos factores.

#### 3.4. Recurso de apelación (fs. 141-143).

- **Colpensiones** solicitó tener en cuenta el criterio de la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, agregó que el régimen de transición respeta edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión referido solo a tasa de remplazo como quiera que la intención del legislador fue impedir que el Ingreso Base de Liquidación de los regímenes anteriores tuviera efectos ultractivos.

Por lo anterior, los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de determinar el IBL, son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hayan efectuado aportes al Sistema General de Pensiones.

Manifestó que la reliquidación solicitada no es procedente, dado que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36 de la Ley 100/93; además de que no se puede reliquidar una pensión sobre factores salariales sobre los cuales no se hubieran realizado cotizaciones.

Alegó que la resolución mediante la cual Colpensiones liquidó la pensión de vejez del demandante, se encuentra ajustada a derecho toda vez que se aplicó el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/93 en concordancia con la Ley 33/95, respetando la edad, tiempo y monto de régimen anterior.

Finalmente, solicitó que se revoque la sentencia apelada.

#### 3.5. Actuación procesal de la instancia.

*Auto 9 de oct de 2017 concedió Recurso de apelación (fl. 153)*  
Mediante auto del 17 de enero de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 162), y por providencia de 2 de marzo de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 166).

La apoderada de la parte demandada presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación (Fs.169-170); el Ministerio Público solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, toda vez que de acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional el IBL no había sido objeto de transición y los factores salariales solo eran los establecidos en el Decreto 1158/94 (fs. 171-176). La parte demandante no presentó alegatos.





#### IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

#### V.- CONSIDERACIONES

##### 5.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

##### 5.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último semestre de servicios.

##### 5.3. Tesis del Despacho

La Sala estima que el demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, las pensiones deben liquidarse teniendo en cuenta el monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en el régimen anterior que le es aplicable, pero el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100/93, y los factores que deben incluirse en el mismo son exclusivamente aquéllos sobre los cuales haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y se denegarán las pretensiones.

##### 5.4. Marco jurídico y jurisprudencial

###### 5.4.1. Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través



del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

*"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 régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Las pruebas allegadas al expediente demuestran que el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, el actor tenía más de 40 años de edad, por lo cual se encuentra amparado por el régimen de transición.

La Sala precisará la norma anterior a la Ley 100/93 que regulaba la situación pensional del actor para efectos de establecer la cuantía de la prestación que se le debió reconocer.

#### **5.4.2. Régimen pensional aplicable al caso concreto**

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985**, cuyo artículo 1º dispone:

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

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.(...)"*



*PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

*Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.*

*PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"*

El artículo 3° ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

*"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

*En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcularlos aportes".*

#### **5.4.3. Sentido y alcance del artículo 36 de la ley 100 de 1993.**

El Consejo de Estado había adoptado de manera reiterada y pacífica el criterio según el cual a las pensiones de los servidores del estado beneficiarios del régimen de transición se les debía aplicar el régimen normativo que con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 regulaba lo relativo a la edad, tiempo de servicios y el **monto de la pensión**, y que la expresión subrayada comprendía tanto el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), como el ingreso base de liquidación, pues el principio de inescindibilidad imponía aplicar la norma comentada de manera integral e impedía liquidar la pensión aplicando edad y tiempo de servicio del régimen anterior y el monto del nuevo régimen.

También sostuvo la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo Subsección A, en sentencia de 4 de agosto de 2010, radicación 250002325000200607509 01 (0112-2009), que para efectos de la liquidación de la pensión debían tenerse en cuenta todos los factores salariales (...) *En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las*



*formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios"*

En la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional estudió una demanda contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992,<sup>2</sup> cuyo texto es el siguiente: "El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal. - PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

En este fallo la Corte asumió una interpretación distinta del artículo 36 de la Ley 100/93, según la cual el concepto de monto comprende únicamente el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), el cual diferenció del ingreso base de liquidación, al cual se aplica para liquidar la mesada pensional, y por ello el IBL de las personas cobijadas por el régimen de transición se debían regir por la Ley 100/93 y no por el régimen anterior.

La Corte sostuvo los criterios anteriores aduciendo la violación del principio de igualdad por la norma acusada - porque conduce a transferir subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que por regla general pertenecen a un sector en mejores condiciones socio-económicas, e impone un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social - y declaró inexecutable las expresiones "durante el último año y por todo concepto", "Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal", contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión "por todo concepto", contenida en su parágrafo.

De acuerdo con esta segunda interpretación los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a una pensión equivalente al 75 % (monto) del promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio (IBL).

<sup>2</sup>Ley 4 de 1992, **Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.**





La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-078 de 2014, denegó el amparo solicitado por un ciudadano que alegó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia incurrió en causal de procedencia de tutela contra providencia judicial, al desconocer el régimen especial que se basa en el sistema de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se tomó como base para liquidar la pensión, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, y no el ingreso base de liquidación, que corresponde a lo devengado en el último año de servicio, tal y como lo disponen las normas especiales que rigen para las pensiones de los trabajadores de la extinta Telecom. Se apoyó esta sentencia de tutela en los parámetros de interpretación utilizados por sentencia C-258/13 frente a la norma mencionada.

El ciudadano afectado por la sentencia T-078 solicitó su nulidad ante la Sala Plena invocando la vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional en vigor de las Salas de Revisión.

Por auto 326 de 2014 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió denegar la petición de nulidad porque consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente, dado que antes de la Sentencia C-258 de 2013 no existía un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y a falta de dicha interpretación estaba permitida aquella que de acuerdo con Constitución y la ley acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente justificada y aclaró las sentencias C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004 proferidas por la Sala Plena sobre el tema, ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y por ello el precedente aplicable al caso luego de la Sentencia C-258 de 2013 era el fijado en ésta.

Aseguró la Corte en esta providencia que "...el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna".

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia SU-230 de abril 29 de 2015, examinó los conceptos de precedente judicial y jurisprudencia en vigor y su carácter vinculante; así como la jurisprudencia de las Salas de Revisión previa a la Sentencia C-258/13 que establecían que el monto de la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100/93 era el previsto en el régimen anterior – en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado –; describió igualmente los fundamentos de la Sentencia C-258/13 que consideró que el IBL de dichas personas debía regirse por la Ley 100/93 y las sentencias T-078 de 2014 que por vía de tutela reiteró dicho criterio y del auto de



Sala plena que negó la solicitud de nulidad en su contra. Describió igualmente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia para concluir que se identificaba con los criterios adoptados en la misma materia por el fallo de constitucionalidad mencionado y reiteró que éste constituía un precedente jurisprudencial obligatorio para todas las autoridades.

Así mismo, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó que **los derechos pensionales causados antes de la expedición de la expedición de la sentencia C-258 de 2013**, no son afectados por la interpretación consignada en ella.

Sin embargo, la Sentencia T-615/16 fue anulada por la Corte Constitucional, a solicitud de la UGPP, según consta en Auto 229 de diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente (E) José Antonio Cepeda Amarís, debido a que se estableció que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente de la Corporación surgido desde la sentencia C-168 de 1995 y materia de las sentencias C-258/13, SU/230/15, SU 405/16 y SU-210 de 2017 .

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso seguido por Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra CAJANAL En Liquidación, dentro del radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, sostuvo:

#### **Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición**

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

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

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

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

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

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera sub-regla, no cobija a los docentes afiliados al





Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989<sup>3</sup>. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

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

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

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

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

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

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.

La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

<sup>3</sup> Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]".





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

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

La Sala prohija los criterios expuestos por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena, citados previamente, y los aplicará al caso concreto.

### 5.5. Caso concreto.

#### 5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- ✓ - Resolución N° 0006569 de 29 de abril de 2010, por medio de la cual Colpensiones reconoció la pensión de jubilación del demandante, en cuantía de \$ 1.016.130 (fs. 19-21).
- ✓ - Resolución N° 0000219 de 17 de enero de 2012, por medio de la cual Colpensiones ordenó una inclusión en nómina y el pago de un retroactivo al demandante (fs. 22-23).
- ✓ - Memorial de 6 de marzo de 2015 mediante el cual el demandante le solicitó a Colpensiones la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados el último año de servicios (fs. 24-29)
- ✓ - Resolución N° GNR 187270 de 23 de junio de 2015, mediante la cual Colpensiones negó la solicitud de reliquidación (fs. 31-32)
- ✓ - Certificado suscrito por la Jefe Sección de Archivo y Correspondencia de la Universidad de Cartagena de 26 de noviembre de 2014, mediante la cual hace constar que el demandante prestó los servicios a la Universidad de Cartagena y que en el periodo comprendido desde el 1° de enero y 30 de diciembre de 2011 devengó sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad y horas extras diurnas (f. 38).
- ✓ - Copia de la cédula de ciudadanía de demandante (f.18).
- ✓ - Copia de la Resolución N° VPB 70836 de 18 de noviembre de 2015 "por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación contra la Resolución GNR 187270 de 23 de junio de 2015" (fs. 65-66).



### 5.5.2. Análisis Crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente caso, no es objeto de discusión que el demandante estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y que el régimen previo a dicha ley era el establecido en la Ley 33/85 y 62/85.

Así mismo, se encuentra acreditado que la pensión del demandante fue reconocida aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto; y de acuerdo a lo afirmado por la demandada en la contestación, teniendo en cuenta los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado examinada previamente, a la liquidación del derecho pensional del demandante, debió aplicarse la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta únicamente la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto o tasa de remplazo, entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación – IBL -, componente para el cual debe seguirse lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición.

Además solo deben en cuenta tenerse a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, que corresponden a los enlistados en el Decreto 1158/94.

Así las cosas, no es posible aplicarle al demandante, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985 de manera íntegra, como erradamente consideró el A quo, sino que debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada en la sentencia de unificación.

El A- quo, al ordenar en la sentencia apelada que se reliquidara la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores devengados y que se tuviera como periodo para determinar el IBL el último año de servicios, violó el artículo 36 de la Ley 100/93, cuya interpretación debió efectuar en los términos que finalmente adoptó la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que este Tribunal adopta y prohija; y desconoció igualmente que los factores salariales que deben tenerse en cuenta son los previstos como base de la cotización a la seguridad social en el Decreto 1158/94.

Por lo anterior, se revocará el fallo apelado de 7 de septiembre de 2017, proferido por el A-quo, mediante el cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En su lugar, se denegaran las mismas.



**5.6. Costas en segunda instancia.**

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, si bien habría lugar a condenar en costas a la parte demandante por haber resultado vencida en el presente proceso, la Sala no le impondrá tal condena, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que adoptaba este Tribunal era la inescindibilidad del régimen de transición, criterio en cuyo marco se entiende actuó la parte accionante bajo el convencimiento de que era necesaria la puesta en funcionamiento de la jurisdicción y que sus pretensiones podrían ser prósperas. En tal sentido, al resultar vencida la parte demandante, por revocarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

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**

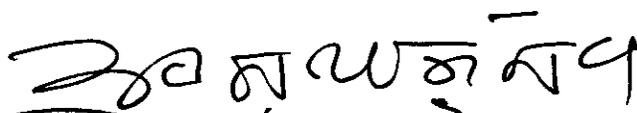
✓ **PRIMERO:** Revocar la sentencia de primera instancia, proferida el 7 de septiembre de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia; en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

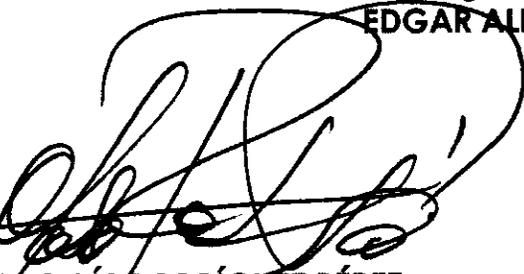
**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** En firme esta sentencia, devolver el expediente al despacho de origen.

**CUARTO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE  
LOS MAGISTRADOS,**

  
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

