



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

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-007-2016-00092-01
Demandante:	Roberto Ramírez Iriarte
Demandado:	UGPP
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 18 de mayo de 2017, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

El señor Roberto Ramírez Iriarte 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 la UGPP, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1. DECLÁRESE la nulidad absoluta del acto administrativo Resolución RDP 035393 de fecha 28 de Agosto de 2016 notificado electrónicamente el 06 de Octubre de 2015, expedido por la...UGPP, que se niega a reliquidar una pensión de vejez del señor ROBERTO RAMÍREZ IRIARTE.

2. DECLÁRESE la nulidad absoluta del acto administrativo - Resolución RDP 055003 de fecha 22 de Diciembre de 2015, notificado electrónicamente el día 12 de Febrero de 2016 expedido por la...UGPP, que en sede de apelación confirma la decisión tomada en la Resolución RDP 035393 de fecha 28 de Agosto de 2016.

3. DECLÁRESE que la extinta CAJANAL, al momento de realizar el reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de vejez del señor ROBERTO RAMÍREZ IRIARTE a través de la Resolución N° 07722 de 24 de abril de 2002, no tuvo en cuenta a efectos de constituir el IBL la totalidad de los factores salariales que remuneraron su servicio durante el último año, por tanto debe reliquidarse el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de mi apadrinado teniendo en cuenta el 75% del promedio de la totalidad de factores salariales que remuneraron su servicio durante el periodo 1994-1995.

Como consecuencia de dicha declaratoria de nulidad, a título de restablecimiento del derecho:



3.1. CONDENE a la...UGPP a reliquidar la primera mesada pensional del señor ROBERTO RAMIREZ IRIARTE, a fin de que en ella se incluyan todos aquellos factores que no fueron tenidos en cuenta por la Resolución N° 07722 de 24 de abril de 2002 expedida por la extinta CAJANAL y las Resoluciones RDP 035393 de fecha 28 de Agosto de 2016 y RDP 055003 de fecha 22 de Diciembre de 2015 expedidas por la UGPP, que remuneraron el servicio de mi mandante en el periodo comprendido entre el 16 de Abril de 1994 y el 15 de Abril de 1995.

3.2. A efecto de establecer los factores salariales para recalcular el IBL de mi prohijada, **ORDÉNESE** a la...UGPP, tenga en cuenta los establecidos por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el artículo 40 del Decreto 720 de 1978, y lo dispuesto por la Sentencia del Honorable Consejo de Estado, Seccional Segunda, 250002325000200 60750901 (01122009), de agosto 4 de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado y la Sentencia de Unificación 25000234200020130154101 (46832013) de Febrero 25 de 2016 proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda, Sala Plena, Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE. Factores que para el caso concreto de mi poderdante son: **asignación básica, auxilio de alimentación, horas extras, dominicales y festivos, prima semestral, prima de vacaciones, prima de navidad, vacaciones en dinero, y otros pagos e indemnizaciones por retiro percibidos entre el 16 de Abril de 1994 y el 15 de Abril de 1995.**

3.3. CONDENE a la...UGPP que para efectos de determinar el nuevo IBL será necesario, no solo incluir la totalidad de los factores salariales percibidos por mi poderdante durante el periodo comprendido entre el 16 de Abril de 1994 y el 15 de Abril de 1995, sino actualizar el promedio base de liquidación, teniendo en cuenta que el último día laborado fue el 15 de Abril de 1995 y la inclusión en nómina se realizó dos años después, el 1° de Agosto de 2002.

3.4. CONDENE a la...UGPP a cancelar al señor ROBERTO RAMÍREZ IRIARTE, las diferencias dejadas de pagar en su mesada pensional desde el 1° de Agosto de 2002 y hasta la fecha en que se resuelva favorablemente esta demanda y las que se causen en adelante.

3.5. CONDENE a la...UGPP a cancelar los intereses de mora que ocasionó el pago tardío de las sumas de dinero que ahora se reliquidan.

3.6 De no acceder a los intereses de mora solicitados como principales, de manera subsidiaria a todas las sumas reconocidas y pagadas CONDENE a la...UGPP aplicarle la indexación a la condena, a fin de las sumas de dinero (moneda), no vean disminuido su valor adquisitivo.

3.7. CONDENE a la...UGPP le dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A., y que la condena sea actualizada de acuerdo con el I. P. C. Nacional y que se reconozcan intereses moratorios comerciales, desde la ejecutoria de la sentencia hasta su cancelación total sobre las sumas liquidadas.

3.8. Que se condene en costas, agencias en derechos y gastos del proceso a la entidad demandada.

b) Hechos.

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

Nació el 1° de junio de 1946 y cumplió 55 años el 1° de junio de 2001.



Se desempeñó como Chofer VI grado 17 al servicio de la Instituto Nacional de Vías durante más de 20 años, y cotizó única y exclusivamente en el Régimen de Prima Media con prestación definida, en la Caja Nacional de Previsión Social.

Por tener los requisitos de edad y tiempo de servicios cumplidos, solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la cual fue reconocida mediante Resolución N° 07722 de 24 de abril de 2002, con fundamento en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, a la cual se le aplicó un porcentaje de liquidación del 75%.

Durante el último año de servicio percibió salario básico, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, y otros factores señalados en el Decreto 1158/94.

El 21 de abril de 2015 solicitó a la accionada la reliquidación de su pensión, y mediante Resolución RDP 035393 del 28 de agosto de 2015, la UGPP negó su solicitud de reliquidación, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación, decidido por Resolución RDP 055003 del 22 de diciembre de 2015, mediante la cual la UGPP confirma la decisión apelada.

c) Normas violadas

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, 1° y 3° de la Ley 33 de 1985, 1° de la Ley 62 de 1985, 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, 45 de la Ley 1045 de 1978 y 27 del Código Sustantivo del Trabajo.

Manifestó que los actos acusados contraría los fines esenciales del Estado, porque desconocen el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, puesto que su pensión se debió liquidar teniendo en cuenta la Ley 33/85; es decir, incluyendo el 75% de los factores salariales devengados el último año de servicios.

El régimen de transición consiste en que se respeten las condiciones de edad, tiempo y monto el cual comprende el IBL; es decir, sin la posibilidad de liquidar la pensión aplicando edad, tiempo de servicio, monto del régimen anterior y el IBL del nuevo régimen. De allí que los beneficiarios de dicho régimen tienen derecho a una pensión equivalente al 75 % del promedio de los factores del último año, tesis que ha sido la acogida de manera mayoritaria por la jurisprudencia del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010.

3.2. Contestación.

- **La UGPP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que las resoluciones demandadas se encuentran debidamente motivadas, y se encuentra ajustadas a derecho, porque al reconocimiento de la pensión de



vejez le fue aplicada el régimen legal aplicable al caso concreto de la demandante.

Adujo que los certificados de factores salariales obrante en el cuaderno administrativo no indican sobre cuales factores salariales se realizaron aportes, por lo que solo se incluyeron los factores que por ley debieron ser objeto de descuentos, es decir la asignación básica y la bonificación por servicios.

En cuanto al auxilio alimenticio, prima de servicios, de navidad y la prima de vacaciones no se realizaron descuentos para aportes pensionales, dado que los mismos no son objeto de descuentos por ley.

La decisión del Comité Jurídico Institucional de la Entidad se ha mantenido en la posición según la cual, para la aplicación de factores salariales y base de liquidación en los beneficiarios del régimen de transición es el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, tal como se realizó en la Resolución de reconocimiento pensional, en la cual se liquidó con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994.

3.3. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 18 de mayo de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de las demanda, así:

"PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA CAUSA PETENDI Y COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DEL DERECHO PARA PEDIR, BUENA FE, FALTA DE COTIZACION DE FACTORES SALARIALES, INEXISTENCIA DE LA INDEXACION PARA EL CASO, GENERICA E INOMINADA, propuestas por la entidad demanda.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 07722 de 24 de abril de 2002, mediante la cual se reconoció la pensión de vejez al demandante, de la Resolución No. RDP 035393 del 28 de agosto de 2015, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión y de la Resolución No. RDP 055003 de 22 de diciembre de 2015.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se dispone: 1) Se ordena a la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP, a reliquidar la pensión de jubilación del señor Roberto Ramírez Iriarte, a partir del 07 de julio de 2001, fecha a partir de la cual la demandante entró a gozar de su pensión de jubilación, incluyendo en la base de liquidación además de la asignación básica, los siguientes conceptos Auxilio de Alimentación, Horas extras, Dominicales y Festivos, Prima Semestral, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad y 2) se condena al pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales como consecuencia de la reliquidación ordenada en esta providencia, a partir del 22 de abril de 2012, ya que las anteriores a dicha fecha se declaran prescritas.

CUARTO.-La UGPP deberá DESCONTAR de las sumas derivadas del numeral 2) del artículo tercero de esta sentencia, los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena, siempre y cuando sobre estos



no se hubiere practicado el descuento legal; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor del demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al sistema de seguridad social en salud. Lo anterior respetando lo establecido por el acto legislativo No 1 de 2005.

QUINTO.- *Las sumas que resulten a favor de la demandante y los aportes que deberán deducirse, se ajustaran en la forma expresada en esta sentencia.*

SEXTO.- *UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP, dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista por el artículo 192 del CPACA.*

SÉPTIMO.- *NEGAR las demás pretensiones de la demanda.*

OCTAVO.- *Se condena en costas a la parte demandada de conformidad con el Art. 188 del CPACA. Se fijan como agencias en derecho el dos por ciento (2%) del valor de las pretensiones efectivamente reconocidas, por secretaria se liquidara junto con los demás conceptos.*

NOVENO.- *Una vez en firme ésta sentencia, por secretaria devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, expídanse las copias con las anotaciones legales para su cobro ante la entidad demandada y archívese el expediente dejando las constancias del caso".*

Para sustentar su decisión, adujo el A quo que el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señala que el monto de la pensión es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no solo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, tal como lo ha definido el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016.

Agregó que en el caso concreto el ingreso base de liquidación se debe calcular con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (abril de 1994 a abril de 1995), en aplicación de la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 agosto de 2010, de acuerdo con el cual constituye salario, no únicamente los factores reconocidos como tales en la ley, sino todos los pagos que perciba el trabajador como retribución al servicio, de manera periódica y continua, con independencia de que haya cotizado a seguridad social sobre los mismos, dado que es posible, al momento de ordenar la reliquidación, efectuar los descuentos de los aportes sobre los que no se cotizó, con destino al fondo correspondiente.

3.4. Recurso de apelación.

- **La UGPP** manifestó que la sentencia apelada ordeno reliquidar la pensión de vejez del actor con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, sin tener en cuenta sobre cuales factores salariales se le realizaron descuentos a pensión, ni el régimen legal aplicable para la fecha de



adquisición del status de pensionado, que fue el 15 de marzo de 1996, fecha en la cual el régimen aplicable era la Ley 100/93 y el Decreto 1158 de 1994.

Adujo que uno de los objetivos de la Ley 100/93 fue buscar la unificación de los diferentes regímenes pensionales que existían con anterioridad a su vigencia, sin embargo, con el objeto de no afectar las situaciones próximas a consolidarse, se estableció un régimen de transición que permitiera la aplicación gradual del nuevo sistema de pensiones.

Según el artículo 36 de la ley 100 de 1993, las mujeres que tuviesen 35 años de edad, los hombres que tuviesen 40 años de edad o quienes tuviesen 15 años o más de servicios a la fecha de entrada en vigencia del nuevo Sistema (1º de abril de 1994), se pensionarían con la edad, el tiempo de servicios y el monto señalado en el régimen al cual se encontraban afiliados, cualquiera que fuese este.

Posteriormente, el Acto Legislativo 01/05 estableció un límite temporal al régimen de transición, indicando que este mantendría su vigencia hasta el 31 de julio de 2010, excepto para las personas que a 25 de julio de 2005, cuenten con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios, a quienes se les haría extensiva su aplicación hasta el año 2014.

El artículo 36 de la Ley 100/93, ha sido examinado por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-410 de 1994, C- 596 de 1997, y en la C-058 de 1998 así como en los autos del 13 de septiembre de 2005 y 206 del 3 de octubre de 2005, en los cuales se ha declarado la exequibilidad de los incisos 1, 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100/93.

Los apartes del régimen de transición que han sido declarados exequibles deberían aplicarse en su totalidad a todos los servidores públicos que cumplan los requisitos exigidos para ello, para cumplir el propósito unificador de las condiciones de reconocimiento, pretendidos por la Ley 100/93.

A las personas beneficiarias del régimen de transición se les respeta los beneficios de edad, tiempo y monto (entendido este último como el porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación para determinar el valor de la pensión) del régimen pensional de que era beneficiario el titular del derecho; y la liquidación se realiza conforme con lo establecido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100/93, 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, tomando como factores de liquidación, los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, y teniendo en cuenta que las cotizaciones al Sistema General de Pensiones que se realizaban sobre estos emolumentos por disposición expresa, quedando excluidos de la base de cotización los demás factores que no se encontraban allí contemplados.

- Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 13 de octubre de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 244, C2), y por providencia de 20 de noviembre de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 248, C2).

La parte demandada presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación (f. 258 - 264, C2).

La parte demandante presentó alegatos y reiteró en lo sustancial los argumentos expuestos en la demanda (f. 265 - 266, C2).

El Agente del Ministerio Público adujo que se debe revocar el fallo de primera instancia porque al momento de la presentación de la demanda, el actor no tenía una expectativa legítima para que sus pretensiones resultaran favorables conforme a la Sentencia SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional.

Sostuvo que los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que se les aplique la edad, tiempo y monto de las normas pensionales anteriores a la vigencia de la Ley 100/93, pero ello no incluye el ingreso base de liquidación, pues no fue un aspecto sometido a transición, por lo que para el cálculo de la pensión le son aplicables la Ley 100/93 y el Decreto 1158/94.

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 todo los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

5.3. Tesis de la Sala

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 de lo Contencioso Administrativo 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 la Ley 33/85, 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 se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones, con base en el Decreto 1158/94.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada.

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.

5.4.2. 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 1992,¹ 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

¹Ley 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.**



Senadores en la fecha en que se decrete 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 párrafo.

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).

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 período 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 hiciere 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 1989². 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

² 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 [...]".



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.

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.



- Copia del registro civil de nacimiento del accionante, donde consta que nació el 1º de junio de 1946 (f. 8).
- Copia del formato de información laboral del INVIAS donde consta los periodos laborados por el demandante en el MOPOT e INVIAS (f. 10).
- Copia del formato de certificación de salario del INVÍAS base del demandante (f. 11).
- Copia del certificado de salarios mes a mes del demandante, suscrito por INVÍAS desde enero de 1985 hasta abril de 1995 (fs. 12 – 14).
- Copia de certificado de haberes devengados por el accionante, suscrito por INVÍAS, desde abril de 1994 hasta abril de 1995 (f. 15 - 16).
- Copia de la Resolución No. 07722 del 24 de abril de 2002, por medio de la cual el CAJANAL reconoció al accionante la pensión de vejez, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio durante el último año y 1 mes de servicios, con los siguientes factores salariales: asignación básica, dominicales y festivos y horas extras (f. 18 - 21).
- Copia de la solicitud de reliquidación pensional presentada por el demandante ante la entidad demandada el 22 de abril de 2015 (fs. 23 – 28).
- Copia de la Resolución No. RDP 035393 del 28 de agosto de 2015, por medio de la cual la UGPP niega la solicitud de reliquidación pensional del actor (f. 30 – 32).
- Copia del recurso de apelación interpuesto en contra la Resolución anterior (fs. 32 - 33).
- Copia de la Resolución No. RDP 055003 del 22 de diciembre de 2015, por medio de la cual la UGPP resuelve el recurso de apelación, confirmando la Resolución No. RDP 035393 del 28 de agosto de 2015 (f. 35 – 36).

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

El artículo 36 de la Ley 100/93 estableció un régimen de transición para quienes a la fecha de su entrada en vigencia hubieran cumplido 35 años de edad, si fueran mujeres, y 40 si fueran hombres; o 15 años de servicios.

De acuerdo con las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado descritas en el marco normativo y jurisprudencial, la norma anterior debe ser interpretada en el sentido de que a las personas beneficiarias del régimen de transición se les debe aplicar la Ley 33 de 1985, únicamente en cuanto a 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. Pero el ingreso base de liquidación – IBL –, debe calcularse de acuerdo con lo previsto en la Ley 100/93, pues este componente no fue sometido a transición. Y los factores que deben tenerse en cuenta en estos casos para liquidar la pensión son aquéllos sobre los cuales se hayan realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, que corresponden a los enlistados en el Decreto 1158/94.

En la sentencia apelada quedó establecido 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, asuntos sobre los cuales los apelantes no expresaron inconformidad alguna.

Se encuentra acreditado en el proceso 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 (tasa de reemplazo), previstos en dicha ley; que el Ingreso base de cotización que se tuvo en cuenta estuvo referido al año y un mes que faltaban al actor para adquirir su derecho a la pensión, contados desde la entrada en vigencia de la Ley 100/93; y que los factores que se tuvieron en cuenta para calcular el IBL fueron la asignación básica, domingos y festivos, y horas extras; los cuales están previstos como ingreso base de cotización en materia pensional.

La Resolución No. 07722 del 24 de abril de 2002 efectuó el reconocimiento de la pensión del actor y se la liquidó con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año y un mes de servicios prestados, teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994; específicamente la asignación básica, domingos y festivos y horas extras; todo ello conforme a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93 que han adoptado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las sentencias de unificación que en esta oportunidad prohíja la Sala.

El A- quo ordenó en la sentencia apelada que se reliquidara la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios, entre ellos el auxilio de alimentación, prima semestral, prima de vacaciones y prima de navidad, y al hacerlo violó el artículo 36 de la Ley 100/93, puesto que no se probó en el proceso que hubiera cotizado a pensiones sobre ellos; y adicionalmente dichos factores no estuvieron previstos como ingreso base de cotización a la seguridad social en el Decreto 1158/94, los cuales son los mismos establecidos en la Ley 33/85 modificado por la Ley 62/85.

Por lo anterior, se revocará el fallo apelado, mediante el cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En su lugar, se denegaran las mismas.



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.

Como el recurso se decidió en forma favorable a la parte demandada, no habrá en condena en costas.

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 18 de mayo de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del proceso de la referencia; en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

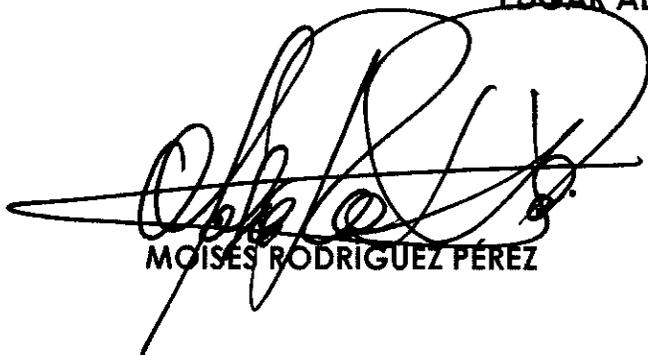
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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