



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:	13001-33-33-002-2016-00044-01
Demandante:	Nelson Julio Ibarra Junco
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 11 de octubre de 2017, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

El señor Nelson Julio Ibarra Junco 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:

“PRIMERA: Declarar la nulidad de las resoluciones RDP No. 037196 del 11 de septiembre de 2015, por medio de la cual negó la reliquidación de la pensión de vejez, a mi mandante con inclusión de todos los factores de salario devengados en el último año de servicios, proferida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales y la RDP No. 049977 del 27 de noviembre de 2015, que confirmó la nugatoria, proferida por la directora de Pensiones de la (...) UGPP-.

SEGUNDA: Condenar a la (...)UGPP a que reliquide a favor de mi mandante la pensión Mensual Vitalicia de vejez, con el 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicios, en cuantía de \$1.173.506.00 mensual con inclusión de todos los factores de salario, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la ley 33 de 1985, efectiva a partir del 24 de septiembre de 2008, pero con efectos fiscales a partir del 21 de agosto de 2009 por prescripción trienal, previa indexación de la primera mesada pensional o ingreso base de cotización, de acuerdo con la Sentencia C-862 de 2006 de la Honorable Corte Constitucional.

TERCERA: Condenar a la (...) UGPP, para que sobre el valor reliquidado reconozca y pague los reajustes por concepto de la Ley 100 de 1993.

CUARTA: Condenar a la (...) UGPP, a que sobre las diferencias adeudadas a mi mandante le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y tal como lo autoriza el artículo 187 del C. P. A. C. A.



QUINTA: Ordenar a la (...) UGPP, de cumplimiento al fallo en los términos establecidos en el artículo 192 del C. P. A. C. A., es decir, en el plazo de diez (10) meses con la correspondiente liquidación de intereses moratorios a la tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria.

SEXTA: Condenar a la entidad demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término de diez 10 meses, pague intereses moratorios a la tasa comercial, conforme lo establece en el artículo 195 del C. P. A. C. A.

SÉPTIMA: Condenar en costas a la entidad demandada, conforme al artículo 188 del C. P. A. C. A.

b) Hechos.

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

Laboró por más de 20 años en el cargo de Técnico de Saneamiento en la ESE Hospital San Juan de Dios de Magangué, y en el Municipio de Magangué.

Nació el 24 de septiembre de 1953 y cumplió 55 años de edad el día 24 de septiembre de 2008, fecha en la que adquirió el status pensional por edad.

Mediante Resolución N° RDP 013961 del 21 de marzo de 2013 la UGPP le reconoció una pensión de vejez, efectiva a partir del 24 de septiembre de 2008, la cual fue reconocida de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100/93, que regula el régimen de transición.

Para la liquidación de su pensión tomó el 75% de lo devengado desde el 27 de marzo de 1993 hasta el 26 de marzo de 2003, fecha de retiro definitivo del demandante.

El 5 de mayo de 2015 solicitó a la UGPP la reliquidación de su pensión, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, solicitud que fue despachada desfavorablemente mediante Resolución N° RDP 037196 del 11 de septiembre de 2015.

Contra la Resolución anterior interpuso recurso de reposición, que fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución RDP 049977 del 27 de noviembre de 2015.

c) Normas violadas

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 2, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; 27, 30 y 31 del Código Civil; 1° de la Ley 33 de 1985; 36 de la Ley 100/93, 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 2 de la Ley 153/87. Así como las sentencias C-862/06 de la Corte Constitucional y las proferidas por



el Consejo de estado en providencias del 4 de agosto de 2010 y 19 de noviembre de 2015.

Adujo que es beneficiario del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 contaba con más de 40 años de edad, y por ello se le debe aplicar en su integridad la Ley 33/85, es decir, su pensión debe ser calculada con el 75% de lo devengado durante su último año de servicios; que no existe ninguna disposición en el ordenamiento jurídico que excluya cuales factores no constituyen factores salariales; y que de acuerdo con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010, todos los factores salariales devengados de manera continuán hacen parte de su ingreso base de liquidación.

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, esto es la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003. Empero como el demandante se encontraba en el régimen de transición le fue aplicado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece las reglas para la liquidación y reconocimiento de los beneficiarios del mismo.

Adujo que la pensión de jubilación del demandante debe ser liquidada con base en el decreto 1158 de 1994, como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, donde se pronunció sobre la aplicación del régimen de transición para los beneficiarios de la Ley 4 de 1992; y que IBL no fue un aspecto incluido en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, en relación con el tiempo para efectuar el cálculo de la prestación debe acudirse a los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. En cuanto a los factores a tener en cuenta, se deben incluir solo aquellos que tengan el carácter remunerativo y sobre los cuales se hayan efectuado aportes.

Manifiesta que aplicar un criterio diferente sería reconocer un beneficio desproporcionado que desconoce los principios de igualdad y solidaridad.

3.3. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 11 de octubre de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, así:

"PRIMERO.- DECLARAR la nulidad parcial de la resolución RDP 013961 del 21 de marzo de 2013, así como la nulidad total de la Resolución RDP de fecha 11 de septiembre de 2015 y RDP 049977 de fecha 27 de noviembre de 2015, emanadas de la Unidad Administrativa Especial de Gestión



*Pensional y Aportes Parafiscales de la Protección Social, mediante las cuales se negó el reconocimiento y pago de una reliquidación de la pensión de jubilación al señor **NELSON JULIO IBARRA JUNCO**, por los expresos y precisos motivos indicados en esta sentencia.*

SEGUNDO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la **UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL** que reliquide la pensión de jubilación del actor, teniendo en cuenta el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, el comprendido entre el 26 de marzo de 2002 y el 26 de marzo de 2003, para lo cual se servirá incluir: (i) sueldo mensual; (ii) auxilio de transporte; (iii) auxilio de alimentación; (iv) 1/12 bonificación por servicios prestados, (v) 1/12 bonificación por antigüedad; (vi) 1/12 prima de vacaciones; (vii) 1/12 prima de servicios; y (viii) 1/12 prima de navidad, de cuya liquidación se deberán efectuar los descuentos de todos los aportes que no hayan sido objeto de deducción legal, tal como lo dispuso el Consejo de Estado en el pronunciamiento de unificación citado en esta providencia, siendo efectivo este reajuste a partir del momento en que se causó el status jurídico de pensionado, pero con efecto fiscal a partir de 21 de agosto de 2009. Así mismo, deberá efectuar el pago e la diferencia resultante entre lo reconocido y lo reliquidado.

TERCERO.- ORDENAR a la **UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL** que las sumas de dinero que resulten de las condenas a favor del demandante se ajustaran al valor presente de acuerdo con la fórmula adoptada por el Honorable Consejo de Estado, (...)

CUARTO: DECLARAR prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2009, con arreglo a la considerativa de esta sentencia.

QUINTO: Abstenerse de condenar en costas, de acuerdo a las consideraciones previamente expuestas.

SEXTO: Por Secretaría de este Juzgado, un vez ejecutoriada esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de lo consignado por concepto de gastos ordinarios del proceso, dejando las constancias pertinentes y archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema de justicia siglo XXI.

La parte demandante, dentro del término, solicitó aclaración y adición de la sentencia proferida por el A quo, y este mediante providencia de fecha 30 de enero de 2018 determinó:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida en audiencia inicial el 11 de octubre de 2017, conforme a los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia así:

"SÉPTIMO: DECLARAR prescritos los descuentos que no se hubieren hecho al demandante, por concepto de inclusión de los nuevos factores a tomar en cuenta en el reajuste de su pensión, que se hubieren causado con anterioridad al 21 de agosto de 2009.

OCTAVO: NEGAR la pretensión tendiente a que se ordene la indexación de la primera mesada pensional, con arreglo a los considerandos expuestos en esta providencia."



SEGUNDO: ACLARAR la sentencia proferida en audiencia proferida en audiencia inicial el 11 de octubre de 2017 conforme a los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia así:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la resolución RDP 013961 del 21 de marzo de 2013, así como la nulidad total de la resolución RDP 037196 de fecha 11 de septiembre de 2015 y RDP 049977 de fecha 27 de noviembre de 2015, emanadas de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Aportes Parafiscales de la Protección Social, mediante las cuales se negó el reconocimiento y pago de una reliquidación de la pensión de jubilación al señor NELSON JULIO IBARRA JUNCO, por los expresos y precisos motivos indicados en esta sentencia"

Para sustentar su decisión manifestó que el actor reúne los requisitos para que le sea aplicable el régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993, por ello, y con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se debe tomar la norma aplicable anterior a la vigencia de la Ley 100/93, que en el caso concreto resulta aplicable la Ley 33/85, que establece que la pensión se liquidará tomando en cuenta el 75% de todos los factores salariales percibidos por el demandante durante el último año de servicios.

Sostuvo que salario comprende toda remuneración directa, habitual o periódica, que reciba el trabajador de su empleador como contraprestación directa de su trabajo.

3.4. Recurso de apelación.

- La **UGPP** manifestó que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, en atención a que al demandante se le reconoció y reliquidó la pensión de vejez en un 75% del IBL de lo devengado durante los últimos años (tiempo que le hiciere falta) de servicio de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y respetando el régimen de transición pensional.

Aduce que no comparte la decisión del juzgado, quien aceptó la tesis adoptada y aportada por la parte actora, indicando que le asiste el derecho de que se le reliquide la mesada pensional en un 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, por encontrarse dentro del régimen de transición, por lo que su pensión debió liquidarse conforme a lo establecido por la Ley 33 y 62 de 1985.

Finalmente, expone que al demandante se le debían aplicar las normas vigentes a la fecha de la adquisición del status jurídico de pensionado, tal como lo hizo la entidad demandada, ya que en rigor de la ley 100 de 1993, norma que se encuentra vigente al momento de cumplir su status pensional, el IBL para liquidar su pensión es el cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta lo establecido tanto en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y el Decreto 1158 de 1994, en donde no se contempla todos los factores salariales certificados como ítems que integren el ingreso base de

cotización, y que únicamente se encuentran aquellos citados de manera taxativa por la ley.

Sostuvo que todos los apartes del régimen de transición que han sido declarados ajustados a la Constitución Política, deberían aplicarse en su totalidad, a todos los servidores públicos que cumplan los requisitos exigidos para ello, esto con el fin de cumplir el propósito unificador de las condiciones de reconocimiento, que se pretendieron con la expedición de la Ley 100 de 1993.

- Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 18 de mayo de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 147), y por providencia de 12 de julio de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 151).

La parte demandada presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación (fl. 154-164). - La parte demandante no presentó alegatos y el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

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 del Despacho



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 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

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.*



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 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 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 cubre 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 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**

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 [...]".



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 prohíja 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 de la cédula de ciudadanía del demandante, en la que consta que nació el 24 de septiembre de 1953 (fl. 30).
- Copia de la Resolución N° RDP 013961 del 21 de marzo de 2013, mediante la cual UGPP resuelve un recurso de reposición en contra la Resolución de reconocimiento pensional (fls. 12-17).

- Copia de la Resolución N° RDP 037196 del 11 de septiembre de 2015, mediante la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez al actor (fls. 5-11).
- Copia de la Resolución N° RDP 049977 del 27 de noviembre de 2015, por medio de la cual la UGPP resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra la Resolución anterior, confirmándola (fls. 3-4).
- Copia de la certificación suscrita por el Administrador de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Magangué, en la que se hace constar que el demandante desempeñó el cargo de Técnico de Saneamiento en el Puesto de Salud de Cascajal, devengando durante la vigencia 2002 y 2003, sueldo, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad (fl. 29).

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 a los últimos 10 años de servicios 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 y otros factores salariales del Decreto 1158/94.

De acuerdo con el contenido de la Resolución No. RDP 013961 del 21 de marzo de 2013 que reconoció al actor su pensión de jubilación, ésta se liquidó con el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios prestados, teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994; lo cual resulta 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 prohija la Sala.

Dicha Resolución no discriminó cuales fueron los factores salariales tenidos en cuenta para liquidar la pensión de la demandante; esto es, no los describió uno por uno, si bien describe año por año cuanto percibió por asignación básica y de otro lado, cuanto recibió por los "otros factores". - Además, revisado el CD que contiene los antecedentes administrativos, se observa que se realizaron aportes a pensión sobre la asignación básica y sobre "otros factores", que conforme a la resolución comentada están enlistados en dicho Decreto.

La Sala, en aplicación del principio de presunción de veracidad y de legalidad, establecido en el artículo 88 del CPACA, asumirá que efectivamente los factores salariales que se tuvieron en cuenta para liquidar la pensión fueron los establecidos en dicho Decreto.

El A- quo ordenó que se reliquidara la pensión del actor con base en los factores devengados durante el último año de servicios, entre ellos sueldo mensual; auxilio de transporte; auxilio de alimentación; 1/12 bonificación por servicios prestados, 1/12 bonificación por antigüedad; 1/12 prima de vacaciones; 1/12 prima de servicios; y 1/12 prima de navidad, y al hacerlo violó el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Acto Legislativo No. 01/05, puesto que no se probó que se hubiera cotizado sobre ellos y no están previstos como IBC en el Decreto 1158/94. De allí que proceda revocar el fallo apelado.

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.

El numeral 4 ibídem señala que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. - No obstante que en el presente caso se revocará la sentencia apelada por la demanda en su integridad, la Sala no le impondrá



condena al demandante, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que adoptaba este Tribunal respaldaba las pretensiones del actor, quien actuó bajo el convencimiento de que sus pretensiones podrían ser prósperas. Por revocarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo condenar a la demandante 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 11 de octubre de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia; y la providencia de 30 de enero de 2018, mediante la cual se aclara y adiciona el fallo anterior. En su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en ambas instancia.

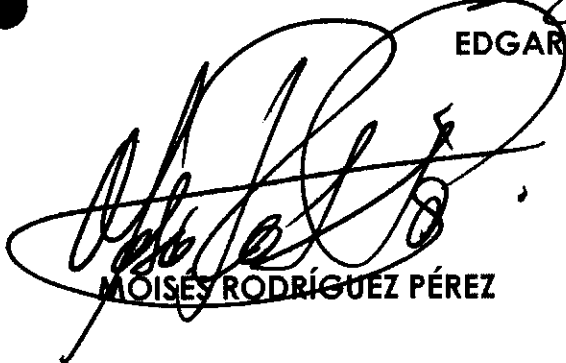
TERCERO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al Despacho de origen.

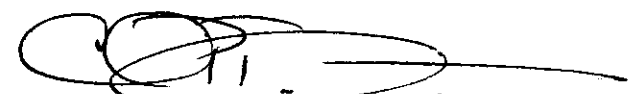
CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


MOÍSES RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE