



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:	13001-33-33-005-2014-00066-01
Demandante:	Ciro Augusto Rolón Rincón
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 9 de febrero de 2016, 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 **Ciro Augusto Rolón Rincón**, 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.- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 02296 del 10 de diciembre de 2003, expedida por el (...) INCORA, hoy liquidado, por medio de la cual se reconoce una pensión de jubilación de mi mandante.

2. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto respecto de la petición radicada con el No. 2013-220-013475-2 del 12 de abril de 2013, mediante la cual el señor **CIRO ALFONSO ROLÓN RINCÓN**, solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación.

CONDENAS

1. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, reliquide la pensión de jubilación del señor **CIRO ALFONSO ROLÓN RINCÓN**, incluyendo todo lo devengado por él durante el último año de servicios y actualizando el ingreso base de liquidación que sirva para liquidarla, considerando la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, según lo certificado por el DANE, desde la fecha en que se retiró del servicio hasta aquella en que se adquirió el derecho para pensionarse.

2. El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconocerá y pagará la diferencia entre lo que se le ha debido pagar y lo pagado hasta la fecha por concepto de pensión de jubilación a



CIRO ALFONSO ROLÓN RINCÓN, ordenado por la Resolución demandada, debidamente indexada, considerando la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, según lo certificado por el DANE. Que se ordene el pago de los INTERESES MORATORIOS establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.-

3. El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

b) Hechos.

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

Prestó sus servicios durante 33 años al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA – desde el 22 de julio de 1967 al 30 de abril de 1993.

Mediante Resolución N° 02296 del 10 de diciembre de 2003 el INCORA le reconoció pensión de jubilación al demandante sin tenerle en cuenta todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios.

El 12 de abril de 2013 solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, solicitud que no fue respondida.

c) Normas violadas

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que al expedir los actos acusados, la parte demandada creó una discriminación injustificada de los beneficiarios del régimen de transición, puesto que obvió las condiciones de favorabilidad e inaplicación de las normas que debió tener en cuenta. Así mismo expresó que se le está violando el derecho adquirido de tener una mejor mesada pensional y que, como quiera que lo cobija un régimen de transición, la demandada debió dar aplicación a los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, que aseguran la liquidación pensional con base en todos los factores devengados en el último año de servicios y según la condición más beneficiosa para el trabajador.

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 para este caso fueron aplicadas la Ley 33 de 1985, Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 2527 de 2000, de las cuales se desprende que el IBL, según el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, es



el promedio de lo cotizado entre el 1° de julio de 1995 y 20 de junio de 2002, aplicándole el 75%.

Señaló que no hay lugar a que se le reconozcan intereses moratorios ni tampoco indexación de la mesada pensional, puesto que el reajuste se hace oficiosamente cada año con base en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Manifiesta, además, que las pretensiones contarían el principio de sostenibilidad fiscal consagrado en el Acto legislativo N° 01 de 2005.

3.3. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 9 de febrero de 2016 accedió parcialmente a las pretensiones de las demanda, así:

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 02296 del 10 de diciembre del 2003, acto administrativo que reconoció la pensión de vejez al señor CIRO ROLON RINON. Igualmente la nulidad del acto Ficto o Presunto, ocasionado por el silencio de la administración al no dar respuesta al derecho de petición de fecha 12 de abril del 2013.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), proceda a reliquidar la pensión de jubilación del señor CIRO ROLON RINON, con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios 1992-1993, esto es, además de la asignación básica, factores como auxilio de localización, auxilio de movilización, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de junio y bonificación por quinquenio, este último en la proporción correspondiente al último año (1992-1993), según lo explicado en la parte motiva. La entidad queda autorizada a descontar del retroactivo, los aportes actualizados que generen los nuevos factores salariales, pero conforme a las circunstancias y condiciones del demandante para no causarle un perjuicio en su manutención y de quienes dependen de él.

TERCERO: Ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), indexar el ingreso base de liquidación de 1993 a 1995, en los que respecta a la asignación básica; y con inclusión de los factores que por esta sentencia deben hacer parte de ese IBL, la indexación será desde 1993 a 2002.

CUARTO: Pagar las diferencias pensionales que resulten de la reliquidación ordenada, indexadas conforme lo dispone el último inciso del artículo 187 del CPACA., según lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Las agencias en derecho se reconocen en la suma de UN MILLÓN SEISCIENTOS SEIS MIL QUINIENTOS PESOS (\$1.606.500,00), según lo explicado en la parte motiva. Por secretaría, una vez en firme la sentencia, se liquidarán las costas.

SEXTO: En firme, hágase devolución del remanente de gastos del proceso y archívese el proceso, previas las anotaciones correspondientes.





SÉPTIMO: La sentencia se cumplirá conforme al artículo 192 y 195 del CPACA.

Para sustentar su decisión, el A – quo adujo que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que 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.

Que a fin de mantener la inescindibilidad de la norma, solo es posible la aplicación completa del régimen anterior en cuanto a que su consolidación y reconocimiento, los cuales deben hacerse bajo las reglas allí contenidas, referente a la totalidad de elementos que lo componen: edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional.

Reconoce que el demandante tiene derecho a la liquidación de su pensión integralmente conforme al régimen anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, bajo el artículo 1º (inc. 1) de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año,. Además, en aplicación del criterio adoptado por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, se le debe reconocer todos aquellos factores salariales pagados como retribución directa de sus servicios.

3.4. Recurso de apelación.

- **La UGPP** manifestó que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, pues ya se le había reconocido y reliquidado la pensión de vejez al demandante conforme al régimen consagrado en la Ley 33 de 1985 y 62 del mismo año, puesto que reconoció y reliquidó la pensión de vejez del demandante en un 75% del IBL de lo devengado en el promedio durante el último año de servicio de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Adujo que aunque en la parte motiva de la sentencia se estableció la prescripción de algunas mesadas pensionales, tal decisión no quedó plasmada en la parte resolutive de la misma.

El juez ordenó la reliquidación de la pensión del demandante con la inclusión de factores salariales que no fueron objeto de descuentos para pensión y no están enlistados en el Decreto 1158/94. Además, el quinquenio no fue devengado durante el último año de servicios del actor.

El A-quo estableció una condena en costas exagerada máxime cuando debió prosperar la excepción de prescripción de las mesadas pensionales.

- Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 7 de junio de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 3 – C2), y por providencia de 19 de



septiembre de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 7 - C2).

La parte demandada presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación (fls. 9-14, C-2); la parte demandante no alegó de conclusión; 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 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 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

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.



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 1° 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.

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 [...]".



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 de la Resolución N° 02296 del 10 de diciembre de 2003, mediante la cual el INCORA le reconoció pensión de jubilación al demandante. Para liquidar dicha pensión se tuvo en cuenta lo señalado en la Ley 33/85, el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Decreto 2527/00; con el 75% del ingreso base de cotización del promedio de lo cotizado mensualmente entre junio de 1995 a junio de 2002. No especifica los factores que tuvo en cuenta (fls. 17-19).

- Copia de la solicitud de reliquidación de la pensión del demandante con base en el 75% de todos los factores salariales devengado durante el último año de servicios (fls. 21-25, C1).

- Certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en que hace constar el que le demandante laboró en el INCORA desde el 22 de julio de 1967 hasta el 30 de abril de 1993, y devengó entre mayo de 1992 y abril de 1993, sueldo básico, auxilio de localización, auxilio de movilización, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de junio, quinquenio, prima de diciembre y bonificación por servicios (fls. 28-29 – C1).

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 las partes 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 siete (7) años de servicios que le faltaban al actor para adquirir su derecho a la pensión, contados desde la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

La Resolución No. 02296 del 10 de diciembre de 2003, efectuó el reconocimiento de la pensión del actor y se la liquidó con el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos siete años servicios prestados, teniendo en cuenta como IBL "el promedio de lo cotizado mensualmente, que corresponde al tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1995 y el 30 de junio de 2002"; 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 prohija la Sala.

De las pruebas allegadas al proceso se observa que el actor cotizó como empleado del INCORA al sistema de seguridad social en pensiones hasta 1993, año en que se desvinculó de la entidad.

No obstante al examinar el CD allegado por la entidad demandada, en el que constan los antecedentes pensionales del actor, se advierte que la Cooperativa



de Propietarios de Taxis, en condición de empleador procedió a efectuar cotizaciones entre julio de 1995 hasta junio de 2002.

Si bien en la Resolución demandada no discrimina cuales fueron los factores salariales tenidos en cuenta para liquidar la pensión de la demandante, lo cierto es que afirma que fueron los cotizados durante los siete años anteriores al retiro del servicio, decisión que resulta conforme con lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100/93 en cuanto dispone que el IBL de quienes resulten beneficiarios del régimen de transición allí previsto será el correspondiente a los aportes efectuados durante el tiempo que faltare para adquirir el derecho a la pensión, que para el actor era de siete años.

Por otra parte, el actor no afirmó y menos aún probó que al liquidar su pensión con base en lo cotizado durante los siete años referidos, la entidad responsable de su pensión hubiera excluido algún factor salarial. Su inconformidad con la forma en que se liquidó su pensión se refiere a la exclusión de factores percibidos en un periodo anterior como empleado del INCORA (1992-1993), que no corresponde al tiempo que faltaba al actor para obtener su pensión desde la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

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 como empleado del INCORA entre mayo de 1992 y mayo de 1993, entre ellos el auxilio de localización, auxilio de movilización, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima de junio y bonificación por quinquenio (ver certificado obrante a folios 26-27), interpretando erradamente el artículo 36 de la Ley 100/93.

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 al apelante, no procederá la 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 9 de febrero de 2016 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.

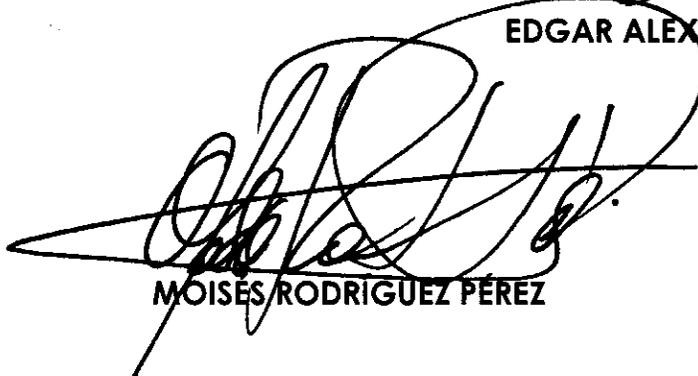
TERCERO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al Despacho de origen.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE