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:	13-001-33-33-008-2014-00435-01
Demandante:	Digna Rosa Escobar Zapata
Demandado:	Colpensiones
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 19 de noviembre de 2015, modificada mediante auto del 3 de diciembre de 2015, mediante la cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

La señora Digna Rosa Escobar Zapata presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra COLPENSIONES, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

> *"**1.** DECLARE, parcialmente, la nulidad de la Resolución No. 12978 de 04 de agosto de 2010, proferida por el Instituto de los Seguros Sociales, por medio de la cual le fue reconocida a mi poderdante la señora DIGNA ROSA ESCOBAR ZAPATA, una pensión mensual vitalicia por vejez.*
>
> *2. DECLARE totalmente la nulidad de la resolución No. 0478 del 24 de enero del 2011, por medio de la cual se le reconoce la pensión de mi poderdante la señora DIGNA ROSA ESCOBAR ZAPATA, expedida por el Instituto de los Seguros Sociales.*
>
> *3. DECLARE totalmente la nulidad de la resolución No. 0344 del 17 de marzo del 2011, por medio de la cual se le reconoce la pensión de mi poderdante la señora DIGNA ROSA ESCOBAR ZAPATA, expedida por el Instituto de los Seguros Sociales.*
>
> *(...) solicitamos que a título de restablecimiento del derecho (...):*
>
> *1. CONDENE A COLPENSIONES A QUE RELIQUIDE, la pensión de la señora DIGNA ROSA ESCOBAR ZAPATA, en sentido de tomar el último año de salario devengado con la inclusión de todos los factores salariales teles como: Asignación Básica, Auxilio de transporte, Auxilio de Transporte, bonificación por*

servicios prestados, Bonificación por antigüedad, Prima de vacaciones, Prima de servicios y Prima de Navidad, para determinar el ingreso base de liquidación; como consecuencia de lo anterior.

2. CONDENE a COLPENSIONES, a que profiera resolución en la cual se liquide nuevamente a mi poderdante en la cual se le reconozca y pague una pensión de Jubilación determinando el ingreso base de liquidación conforme al salario recibido durante el último año de servicio con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, tales como: Asignación Básica, Auxilio de transporte, Auxilio de Transporte, , bonificación por servicios prestados, Bonificación por antigüedad, Prima de vacaciones, Prima de servicios y Prima de Navidad, estos factores salariales fueron pretermitidos a partir del 08 de mayo de 2009, fecha de su retiro definitivo. También solicitamos que...se reconozcan a favor de mi cliente los reajustes anuales de ley, más el IPC de que trata la Sentencia del 7 de Marzo de 2003 del Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente 0531/2001. Asimismo, también solicitamos que se reconozcan los intereses consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por la mora, al igual que la indexación por la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

3. ORDENE...COLPNESIONES a que INDEXE la primera mesada devengada por mi representada en el sentido de que actualice desde agosto del 2003 hasta mayo del 2009, ordene su pago en ese sentido.

4. ORDENE a... COLPENSIONES a que RECONOZCA... el pago del RETROACTIVO, desde el 08 de mayo de 2009, hasta la fecha en que se realice de forma efectiva el respectivo pago.

5. RECONOZCA, el pago de los intereses de mora causados por el no pago oportuno de las diferencias dejadas de cancelar, liquidación que debe realizarse desde que la obligación se hizo exigible hasta que se realice el pago efectivo de dicha obligación.

6. INDEXE, las sumas que por concepto de pensión por jubilación vitalicia teniendo en cuenta los incrementos realizados durante el año 2009 hasta la fecha en que se realice el pago efectivo de las obligaciones reclamadas, conforme lo ordenado por la ley.

7. CONDENE, en costa y agencia en derecho a la entidad demanda."

b) Hechos.

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

Laboró al servicio del Hospital Universitario de Cartagena desde el 1° de enero del 1976 hasta 30 de abril 1976, y desde 1° de mayo del 1976 hasta 27 de agosto del 2003; para un tiempo total de 27 años 7 meses y 26 días, equivale a 1. 441.57 semanas aproximadamente.

Nació el día 08 de mayo del 1954 y a la presentación de la demandada contaba con 59 años de edad.

Mediante Resolución No. 12978 de 04 de agosto de 2010, proferida por el I.S.S., le fue reconocida una pensión mensual vitalicia por vejez, y para la liquidación se le dio aplicación al artículo 21 de la Ley 100/93, y a la Circular 588 del 26 de

febrero del 2006; es decir, con el 75% del promedio de los últimos 10 años del salario devengado.

Adujo que para determinar su ingreso base de liquidación, se deben tomar el 75% del promedio de lo devengado durante su último año de servicio, es decir, desde el día 27 agosto del 2002 hasta el día 27 de agosto del 2003, incluyendo los siguientes factores salariales: asignación básica, auxilio de Transporte, auxilio de Alimentación, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicio prestado y bonificación por antigüedad.

Señaló que la primera mesada se estableció en la suma de $ 815.356.5, valor que debe ser actualizada desde el día 27 de agosto del 2003 hasta el día 08 de mayo del 2009, quedando un valor de $ 1.110.448.23.

Por sentencia judicial se ordenó reconocer su pensión de jubilación desde el día 08 de mayo del 2009, fecha desde la cual por disposición legal se adquirió el status pensional.

c) Normas violadas

La parte demandante afirmó que el acto acusado violó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política; 3 de la Ley 33 de 1985 y 10 del Decreto 1160 de 1989 y explicó el concepto de la violación en los términos que se resumen:

El principio de progresividad está previsto en el artículo 48 de la Constitución Política en los siguientes términos: "*El Estado con la participación de los particulares, ampliara progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley...*".

Las normas que regulan el ingreso base para la liquidación de las pensiones han consagrado cada vez menos factores salariales, representando un retroceso, en contravía del principio de progresividad, que obliga a que los beneficios de la seguridad social sean cada vez mayores, es decir, que avancen progresivamente.

Las Resoluciones demandadas están basadas en los Decretos 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994, motivo por el cual deben ser retiradas del ordenamiento jurídico, por cuanto las normas antes citadas, constituyen un retroceso para el beneficio prestacional, en la medida que consagra la inclusión de menos factores salariales para la liquidación de la pensión que las normas que le anteceden, esto es el Decreto 1045 de 1978 y el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.

3.2. Contestación.

- **COLPENSIONES** se opuso a las prosperidad de las pretensiones, señalando que los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades regladas deben

tenerse por firmes, inamovibles y revestidos del valor de cosa juzgada, en pro y en contra de los administrados y de la autoridad que los profiere, principio este que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea por error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y hayan sido proferidos con maniobras dolosas o fraudulentas.

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

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

Para determinar la norma que le resulta aplicable en virtud del aludido régimen de transición, si a la fecha señalada se encontraba vinculada al Instituto de Seguros Sociales, es decir, que no se había presentado ni reportado la novedad de retiro, le resulta aplicable lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que establece que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes.

Resaltó que la pensión de vejez del demandante fue liquidada de acuerdo con las disposiciones legales que le resultaban aplicables.

3.3. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 19 de noviembre de 2015, resolvió:

> *"PRIMERO- Declarar la NULIDAD PARCIAL de las Resoluciones No. 12978 de 04 de agosto de 2010, No. 0478 del 24 de enero del 2011 y No. 0344 del 17 de marzo del 2011 por la cual se reconoce y niega reajuste respectivamente de una PENSION VITALICIA DE JUBILACIÓN a la señora DIGNA ROSA ESCOBAR ZAPATA, expedida por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, al no tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante.*
>
> *SEGUNDO- En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, CONDENESE al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a efectuar una nueva liquidación de dicha Pensión, en cuantía equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado por ella en el último año de servicios, con inclusión de todas las sumas devengadas en dicho período por las razones*

expuestas en la parte motiva de esta providencia, cuales son Salario Básico, Subsidio de Transporte, Prima de Alimentación, Bonificación por Servicios, Bonificación por Antigüedad, Prima de Vacaciones, Prima Semestral y Prima de Navidad, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo. Si frente a alguna de estas sumas no se realizaron descuentos con destino al sistema de seguridad social, la entidad realizará los descuentos que por ley le correspondía efectuar al trabajador, que no hayan sido objeto de descuento y que se haya ordenado incluir en el cómputo de la prestación, y los girará a las entidades destinatarias si hay lugar a ello.

TERCERO- CONDENASE a la entidad demandada, pagar al demandante las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación, según lo dispuesto en esta sentencia, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: El ajuste de valor y el pago de los mismos, respecto de las sumas causadas serán a partir del 15 de diciembre de 2011, conforme a la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO- Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO- Sin costas.

SEPTIMO- Ejecutoriada esta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo, devuélvanse los dineros sobrantes consignados para los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente".

Sostuvo el A - quo que en aplicación de los principios de progresividad, favorabilidad en materia laboral y, primacía de la realidad sobre las formalidades, la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, es que la misma no contiene una lista taxativa de los factores a tener en cuenta en la base de la liquidación pensional, razón por la cual, debe entenderse como salario para efectos de la liquidación pensional todo aquello que reciba el empleado como contraprestación directa del servicio, indistintamente de la denominación que adopte.

Alegó que el período a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100/93, no puede aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiarla del régimen de transición, lo procedente es aplicar el régimen anterior en su integridad, esto es, la Ley 33/85, en virtud del principio de inescindibilidad, que no permite que el operador jurídico utilice simultáneamente dos disposiciones tomando de cada una ellas aquello que resulte más favorable.

Manifestó que no desconoce el pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia SU 230/15, sin embargo, aplicó el artículo 10 de la Ley 1437/11, que dispone que, al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos tácticos y jurídicos.

3.4. Recurso de apelación

- **COLPENSIONES** manifestó que la demandante pretende la reliquidación de su pensión con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales, como asignación básica, prima técnica, subsidio de alimentación, de transporte, la doceavas partes de la bonificación por servicio, recreación, prima de vacaciones, servicios y navidad.

Sin embargo, para el reconocimiento de su pensión de jubilación, el ISS tuvo en cuenta los requisitos que se deben cumplir para obtener el derecho de dicha pensión, esto es, que cuente con el tiempo o semanas cotizadas y la edad de acuerdo con lo establecido en el régimen de pensiones, establecido en el régimen anterior a ala videncia de la Ley 100/93.

Los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar las prestaciones de vejez en el presente caso son los previstos en el Decreto 1158/94, y el ingreso base de liquidación el establecido en la Ley 100/93, pues el régimen de transición solo se aplica en lo referente a la edad, tiempo de servicio y monto.

Luego, los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que el monto de la pensión sea el del régimen al que se encontraban afiliados al momento de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, y a que el ingreso base de liquidación sea el promedio de lo devengado en el tiempo allí determinado.

- Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 12 de abril de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 3, C2), y por providencia de 14 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 (f. 7, C2).

La parte demandada presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación (Fs.9 – 10 C2).

La parte demandada no alegó de conclusión.

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, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75 % de todo lo devengado durante el último año de servicios.

5.3. Tesis del Despacho

La Sala estima que la demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, las pensiones deben liquidarse teniendo en cuenta el monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en 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 únicamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones, de conformidad con el Decreto 1158/94.

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

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial

5.4.1. Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...)".*

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

Las pruebas allegadas al expediente demuestran que el 1° 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 pacifica 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 25000232500020060750901 (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 inexequible las expresiones "durante el último año y por todo concepto", "Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal", contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión "por todo concepto", contenida en su parágrafo.

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

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

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

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 resolutiva de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna".

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia SU-230 de abril 29 de 2015, examinó los conceptos de precedente judicial y jurisprudencia en vigor y su carácter vinculante; así como la jurisprudencia de las Salas de Revisión previa a la Sentencia C- 258/13 que establecían que el monto de la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100/93 era el previsto en el régimen anterior – en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado -; describió igualmente los fundamentos de la Sentencia C- 258/13 que consideró que el IBL de dichas personas debía regirse por la Ley 100/93 y las sentencias T-078 de 2014 que por vía de tutela reiteró dicho criterio y del auto de Sala plena que negó la solicitud de nulidad en su contra. Describió igualmente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia para concluir que se identificaba con los criterios adoptados en la misma materia por el fallo de constitucionalidad mencionado y reiteró que éste constituía un precedente jurisprudencial obligatorio para todas las autoridades.

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

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

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

> **Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición**
>
> 92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:
>
> **"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".**
>
> 93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **sub-reglas**:
>
> 94. **La primera sub-regla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:
>
> - Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les 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 1989[2]. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

[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

(...)

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.

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.

---

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 [...]".

> 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.

- Resolución N° 0012978 del 4 de agosto de 2010, por medio de la cual el ISS, le reconoció una pensión de vejez a la demandante (f. 17 – 19).

- Copia de la Resolución No. 478 del 24 de enero de 2011, por medio de la cual el ISS resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra la decisión anterior (fs. 20- 21).

- Copia de la Resolución No. 344 del 17 de marzo de 2011, por medio de la cual el ISS resuelve un recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución N° 0012978 del 4 de agosto de 2010 (f. 22 – 25)

- Copia de la certificación suscrita el 22 de febrero de 2010 por el Asesor del Gobernador de Bolívar, donde hace constar los cargos laborados por la demandante desde 1991 hasta 2003 (fs. 27 - 33).

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

En el presente caso no es objeto de discusión que a la demandante, la amparaba 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 previsto en la Ley 33/85 y 62/85.

Así mismo, se encuentra acreditado mediante la Resolución 12978/10, que la pensión de la 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 equivalente al 75%); que el IBL que se tuvo en cuenta fue el previsto en el artículo 36 de la Ley 100 (el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios); y que los factores salariales que se tuvieron en cuenta fueron los descritos en el Decreto 1158/94 como base de la cotización a la seguridad social (éste último dato está contenido en la Resolución 344/11 que decidió el recurso de apelación contra la resolución anterior.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado examinada previamente, a la liquidación del derecho pensional de la demandante, debió

aplicarse la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta únicamente la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto o tasa de remplazo, entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación – IBL -, componente para el cual debe seguirse lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición. Además solo deben en cuenta tenerse a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, que son los previstos en el Decreto 1158/64.

Así las cosas, no es posible aplicarle a la demandante, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985 de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

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

Por lo anterior, se revocará el fallo apelado y, en su lugar, se denegaran las pretensiones.

Costas en segunda instancia

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

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

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia apelada; 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

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-008-2014-00435-01
Demandante:	Digna Rosa Escobar Zapata
Demandado:	Colpensiones
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras