



13001-33-33-007-2015-00416-01

**Cartagena de Indias D. T. y C., diez (10) de agosto de dos mil dieciocho (2018)**

|                           |  |
|---------------------------|--|
| <b>Medio de control</b>   | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>                |
| <b>Radicado</b>           | <b>13001-33-33-007-2015-00416-01</b>                         |
| <b>Accionante</b>         | <b>PEDRO CLAVER SAYAS TORRES</b>                             |
| <b>Accionada</b>          | <b>ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES</b> |
| <b>Tema</b>               | <b>RELIQUIDACIÓN PENSIONAL</b>                               |
| <b>Magistrada Ponente</b> | <b>JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL</b>                             |

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

## **I.- ANTECEDENTES**

### **1. La demanda.**

#### **1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.**

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- El señor PEDRO CLAVER SAYAS TORRES laboró como empleado público desde el 16 de diciembre de 1988 hasta el 30 de junio de 1993 e igualmente laboró en el sector privado desde el año 1971 hasta 15 de enero de 1989.
- Señala que a través de Resolución No. GNR 342068 del 30 de septiembre de 2014, COLPENSIONES le reconoció pensión de vez pero sin actualizar el salario ni incluir la totalidad de factores salariales devengados.
- El 09 de octubre de 2014, presento recurso de apelación contra el reconocimiento pensional solicitando la indexación de los últimos salarios e incluyendo todos los factores devengados.



13001-33-33-007-2015-00416-01

- Mediante la Resolución VPB 19217 del 02 de marzo de 2015, se resolvió el recurso de apelación interpuesto, confirmando en todas sus partes la Resolución No. GNR 342068 del 30 de septiembre de 2014.

## **1.2 Las pretensiones de la demanda**

En síntesis solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución GNR 342068 del 30 de septiembre de 2014 que le reconoció su pensión de vejez y la nulidad de la Resolución VPB 19217 del 02 de marzo de 2015, que negó la reliquidación con indexación del salario y la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios.

En calidad de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada i) reliquidar la pensión con el 75% del promedio devengado en el último año de servicios y la inclusión de todos los factores salariales percibidos y la indexación de la primera mesada pensional ii) liquidar y pagar las diferencias entre lo que se le ha venido pagando y lo que se ordene pagar en la sentencia iii) Condenar a la entidad demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), para que sobre las sumas que se le ordene pagar al demandante, se le apliquen las respectivas actualizaciones y pago de intereses conforme lo disponen los artículos 187 y 192 del CPACA iv) Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, conforme lo dispone el Art. 188 CPACA.

## **1.3 Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante señala como normas violadas la Constitución Política de Colombia, artículos 2, 11, 25, 48, 53 y 229. La Ley 100 de 1993. Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989.

Manifiesta que por ser beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a que le sea reconocida la pensión por aportes señalada en la Ley 71 de 1988, por su trabajo en el sector público y privado por más de 20 años, ante lo cual se debe liquidar su asignación con base en el 75% de todo lo devengado en el último año de servicios.

Señala que al entidad desconoce los pronunciamientos fijados por el Consejo de Estado, sobre la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, para los beneficiarios del régimen



13001-33-33-007-2015-00416-01

de transición, entre los cuales se encuentra los titulares de la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988.

Igualmente señala que tiene derecho a la indexación de la primera mesada pensional, en los términos fijado por la sentencia SU-131 de 2013, para la actualización del poder adquisitivo de lo devengado entre el último salario y el reconocimiento pensional.

## **2. Contestación de la demanda<sup>1</sup>**

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contesta la demanda dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que no le asiste el derecho a la reliquidación reclamada, pues su asignación se efectuó de acuerdo con la ley.

Manifiesta que en el caso particular se dio aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, manteniendo el régimen anterior en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto, pero en relación con el Ingreso Base de Liquidación se debe tener en cuenta lo señalado en el inciso tercero de del mismo artículo en concordancia con lo señalado en el artículo 21 de esta norma, habiéndose aplicando en debida forma la liquidación pensional.

Finalmente presenta las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

## **3. Sentencia de Primera Instancia<sup>2</sup>**

Mediante sentencia de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

Manifestó que el demandante se encontraba cobijado por el régimen de transición, y la norma que regula el reconocimiento de la asignación es la Ley 71 de 1988, por cuanto efectuó cotización como empleado público y también como trabajador privado.

Consideró que atendiendo la prevalencia de la interpretación constitucional contenida en la sentencia SU 230 de 2015, las pretensiones de la demanda debían ser denegadas, como quiera que el régimen de

<sup>1</sup> Fls. 56-64.

<sup>2</sup> Fls. 105-116



13001-33-33-007-2015-00416-01

transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no comprende el IBL, pues únicamente alude a la edad y el tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, lo que impide que se incluyan en el IBL que sirvió de base para la liquidación pensional del actor nuevos factores que no fueron tenidos en cuenta al momento de efectuar su liquidación, pues este aspecto se encuentra regido por el régimen general contemplado en la ley 100 de 1993.

Además resalta que la liquidación de la prestación debe efectuarse con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de esta misma preceptiva, y habrá de estimarse si le faltaren menos de 10 años sobre el tiempo que hiciera falta o sobre todo el tiempo si el tiempo faltante es superior.

#### **4. Recurso de Apelación.<sup>3</sup>**

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia; al respecto indicó que el juez de primera instancia vulneró el debido proceso, toda vez que no tuvo en cuenta las certificaciones laborales aportadas en las que se indica la totalidad de factores devengados en el último año de servicios.

Menciona que se ha desconocido el precedente fijado por el Consejo de Estado, sobre la no taxatividad de los factores, para lo cual solicita dar aplicación a la sentencia del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010, dictada dentro del radicado 2500232500020060750901, que unificó su jurisprudencia sobre la base de liquidación de las personas sujetas al régimen de transición, señalando que para su cálculo debe incluirse todos los factores salariales que se recibe en servicio de manera habitual y periódica, sin que los factores previstos en la norma sean taxativos.

Así mismo, resalta que en materia laboral prevalece el principio de favorabilidad y que dar aplicación a la sentencia SU 230 de 2015 que acogió en su argumentación el Juez de primera instancia vulneraría el principio de igualdad de las personas que están en las mismas condiciones de acceder a la reliquidación pensional.

#### **5. Trámite procesal segunda instancia**

<sup>3</sup> Fls. 120-125





13001-33-33-007-2015-00416-01

Con auto de fecha veinticuatro (24) de julio de dos mil diecisiete (2017), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fls. 5 Cdr. 2). Mediante auto del cinco (05) de febrero de dos mil dieciocho (2018) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls 9 Cdr. 2)

#### **6. Alegaciones**

La entidad demandada -COLPENSIONES- presentó alegatos finales, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, para lo cual describe los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda (Fls. 12-13 Cdr. 2)

La Parte Demandante no Presentó alegatos de conclusión.

#### **7. Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

### **II. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

#### **2. ASUNTO DE FONDO**

##### **2.1. Problema jurídico.**



13001-33-33-007-2015-00416-01

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

*¿Tiene derecho el demandante a que su pensión sea re liquidada con inclusión de todos los factores percibidos en el último año de servicios, por ser beneficiario del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el IBL consagrado en el régimen anterior?*

### **3. Tesis de la Sala**

La Sala sustentará que en materia pensional, el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, comprende exclusivamente la edad, el tiempo y el monto, pero no el ingreso base de liquidación –IBL–, el cual debe ser calculado con base en lo contemplado en el inciso tercero de esta norma y en lo señalado en su artículo 21, de acuerdo con la interpretación constitucional realizada en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, por la Corte Constitucional, precedentes constitucionales de obligatorio cumplimiento, pues fueron dictados por el órgano encargado de la salvaguarda de la Constitución, cuyos pronunciamientos deben entenderse como parte integral de la misma norma suprema. Por lo tanto, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional con inclusión de todos los factores salariales, toda vez que el IBL debe calcularse conforme al régimen general de pensiones.

### **4. Marco normativo y jurisprudencial.**

#### **4.1. La seguridad Social como derecho fundamental**

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido<sup>4</sup> desde dos perspectivas constitucionales, de una parte, como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y por otro lado, como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos.

También se ha señalado que de este derecho se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de

<sup>4</sup> Sentencia T-039 de 2017



13001-33-33-007-2015-00416-01

quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada<sup>5</sup>.

Bajo esta perspectiva, la garantía y goce de la pensión, como derecho fundamental integral de la seguridad social, debe ser estudiado y aplicado desde una perspectiva constitucional, bajo los principios de universalidad y solidaridad, a la luz de la e interpretación constitucional.

#### **4.2. El Precedente Constitucional**

La Corte Constitucional tiene a su cargo "*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*"<sup>6</sup>, así pues, es la encargada de fijar los efectos de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior<sup>7</sup>.

En la sentencia SU-354 de 2017, la Corte Constitucional manifestó que la interpretación de la Constitución tiene como propósito principal orientar el ordenamiento jurídico hacia los valores y principios Constitucionales, por lo que no reconocer el alcance vinculante de los fallos, genera en nuestro ordenamiento jurídico falta de coherencia y contradicciones entre la normatividad y la Carta.

Así pues la máxima autoridad constitucional ha señalado que en los fallos de constitucionalidad, su carácter obligatorio se desprende de los efectos *erga omnes*, así como de la cosa juzgada constitucional de que están revestidos<sup>8</sup>; por ello, se ha precisado que las razones o motivos de la decisión de las sentencias de juicio abstracto contienen la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados, y por tal razón, deben ser atendidas por las autoridades judiciales, para que la aplicación del derecho sea conforme a la Carta Política<sup>9</sup>.

En torno a los fallos de revisión de tutela, se ha referido que el respeto de su *ratio decidendi*, logra la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y la confianza legítima. Igualmente, se ha destacado que cuando se trata de sentencias de unificación y de control abstracto de constitucionalidad, basta un pronunciamiento para que exista un precedente, lo anterior debido a que "*las primeras, unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un*

<sup>5</sup> sentencia T-013 de 2011.

<sup>6</sup> Artículo 241 Constitución Política de Colombia.

<sup>7</sup> Sentencia T-018 de 2018

<sup>8</sup> Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

<sup>9</sup> Sentencia T-410 de 2014



13001-33-33-007-2015-00416-01

marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos y, las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política<sup>10</sup>.

En este orden, el desconocimiento del precedente constitucional, "independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique, es decir, como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo, no solo conlleva la trasgresión de las garantías fundamentales a la igualdad y al debido proceso, sino que también vulnera el principio de supremacía constitucional."<sup>11</sup>

De conformidad con lo expuesto, el precedente Constitucional debe ocupar un lugar privilegiado en el análisis del caso por parte del juez de la causa, pues de lo contrario, se quebrantan los principios Constitucionales de la igualdad y la supremacía de la Carta Política, y es que para quienes administran justicia, respetar la jurisprudencia de la máxima corporación constitucional es un deber, especialmente, porque es a través de la función jurisdiccional de la Corte Constitucional que se garantiza la eficacia de los derechos constitucionales a los asociados<sup>12</sup>.

#### **4.3. Posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en Materia de liquidación pensional en régimen de transición.**

La ley 100 de 1993, contempló un régimen de transición pensional, para efectos de garantizar derechos consolidados con base en normas anteriores, de la siguiente manera:

*"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 ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el*

<sup>10</sup> Sentencia T-233 de 2017.

<sup>11</sup> Ibídem

<sup>12</sup> T-410 de 2014.



13001-33-33-007-2015-00416-01

*tiempo si este fuere Superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*" (Texto subrayado fuera del original).

En tal sentido, dicho beneficio está dirigido a: i) Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad al 1º de abril de 1994; ii) hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1º de abril de 1994; iii) hombres y mujeres que independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994.

Respeto de este beneficio, la Corte Constitucional ha venido abordando su estudio para determinar el alcance del mismo, de acuerdo con las disposiciones constitucionales superiores, es así como en la sentencia **C-168 de 1995**, determinó que sin importar cuál era la vinculación anterior, las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, pero las demás condiciones para acceder al derecho pensional, serían las fijadas en la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, en la sentencia **C-258 de 2013**, la Corte estudió la constitucionalidad de la expresión "*durante el último año*" contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y efectuó una interpretación de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición y advirtió además que no consideraba que existiera una "*razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad*".

Por su parte, en la sentencia **T-078 de 2014**, la Corte Constitucional reafirmó el precedente de la sentencia C-258 de 2013, al establecer que el monto de la pensión se fijaba con base en lo dispuesto en el régimen especial, mientras que el ingreso base de liquidación se aplicaba de forma independiente al monto y con sujeción a lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el **Auto 326 de 2014**, la Sala Plena de la Corte Constitucional, ratificó el alcance de la sentencia C-258 de 2013 al manifestar que la *ratio decidendi* de esta providencia interpretó las normas que regulan la aplicación del régimen de transición y estableció que el modo de promediar la base de liquidación no podía ser la estipulada en la legislación anterior, ya que la transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

Con posterioridad, en la **SU-230 de 2015**, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela que pretendía proteger los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y al mínimo vital, frente a una



13001-33-33-007-2015-00416-01

liquidación pensional realizada con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1° de la Ley 33 de 1985), donde concluyó que a partir de la sentencia C-258 de 2013, la Corte realizó consideraciones generales y fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por lo tanto, son las reglas contenidas en el régimen general las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenezca.

En igual sentido, en la sentencia **SU-427 de 2016** se dispuso que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizada por la sentencia C-258 de 2013 al igual que en la sentencia **SU-210 de 2017**, se mantuvo la consideración sobre la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993.

En contraste con lo anterior, ha sido posición reiterada del Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, el entender que los beneficiarios del régimen de transición pensional deben ser liquidados en su integralidad con el régimen que los cobija, señalando para el efecto que el ingreso base de liquidación hace parte del mismo, y por tanto debe estar conformado con todos los emolumentos percibidos en el último año de servicios del empleado.

Esta posición fue reafirmada y unificada mediante la sentencia de 25 de febrero de 2016<sup>13</sup> en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad del régimen de transición y liquidación de la pensión en el régimen de transición con todos los factores, específicamente se señaló lo siguiente:

**"(...) el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.**

<sup>13</sup> Exp. 2013-01541 (4683-2013).





13001-33-33-007-2015-00416-01

Mantiene el Consejo de Estado las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, así:

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. **La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional.** El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".

3) **Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.**

4) **La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa,** en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) **Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales,** que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", **no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales.** Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y



13001-33-33-007-2015-00416-01

*no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.*

*En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, **no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.***)

En este orden, se observa que existen dos posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen de transición pensional en la liquidación de la asignación, ante lo cual debe el operador jurídico determinar cuál de ellas acoger, bajo un análisis de las reglas creadas jurisprudencialmente.

Pues bien, para la Sala resulta claro que se debe acoger el criterio adoptado como precedente constitucional por la H. Corte Constitucional, dado que sus pronunciamientos en este sentido han creado una regla de interpretación que no puede ser desconocida por el operador judicial, toda vez que se trata de una extensión misma del texto constitucional, según la cual, el monto de la pensión reconocida en favor de quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no puede calcularse conforme al IBL estipulado en la legislación anterior, sino al previsto en el inciso tercero de la referida norma, regla que fijó en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la sentencia SU-230 de 2015.

En este orden se tiene que los beneficiarios del régimen de transición pensional, en cuanto al IBL para su liquidación se debe efectuar con base en lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y conforme al artículo 21 de esta norma, sobre los factores efectivamente cotizados y de acuerdo a lo contemplado en el decreto reglamentario 1158 de 1994, y teniendo en cuenta los diez últimos años de servicios si el tiempo faltante para adquirir el derecho fuere inferior a este lapso, o en todo el tiempo cotizado si el tiempo faltante fuere superior.

## **5. EL CASO CONCRETO.**

### **5.1 Hechos relevantes probados.**

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

5.1.1 El señor PEDRO CLAVER SAYAS TORRES prestó sus servicios como empleado público en la Empresa Puertos de Colombia – Liquidada- desde el 16 de diciembre de 1988 hasta el 30 de junio de 1993, según certificación de



13001-33-33-007-2015-00416-01

información laboral obrante a folio 24 del expediente. Igualmente efectuó cotizaciones en el sector privado durante el periodo 1971 y 1989 (de acuerdo a lo consignado en el acto de reconocimiento pensional fls. 32-34)

5.1.2 El señor PEDRO CLAVER SAYAS TORRES nació el día 05 de Septiembre de 1954, cumpliendo los 60 años de edad el día 05 de septiembre de 2014. (Según lo consignado en la Resolución GNR 342068 del 30 de septiembre de 2014 folios 32-35)

5.1.3 La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- a través de Resolución No. GNR 342068 del 30 de septiembre de 2014, le reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez por aportes al accionante a partir del 05 de septiembre de 2014 (Folios 32 al 35).

5.1.4 La parte accionante a través de su apoderado presentó solicitud recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 342068 del 30 de septiembre de 2014, solicitando la reliquidación de su pensión indexando la mesada pensional y con inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios (Folios 35-40).

5.1.5 COLPENSIONES, por medio de la Resolución No. VPB 19217 del 02 de marzo de 2015, confirmó en todas sus partes la Resolución GNR 342068 del 30 de septiembre de 2014 (Folios 42-44).

5.1.6 El demandante en su último año de servicio devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, horas extras, prima semestral, prima de vacaciones, prima de antigüedad y prima de servicios (Fol. 45).

## **5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

Acorde con material probatorio analizado, la entidad demandada acepta que el demandante se encontraba cobijado por el régimen de transición pensional, y su situación está gobernada por la Ley 71 de 1988 en cuanto al monto, tiempo y edad requeridos para acceder a la pensión, pero no en cuanto al ingreso base de liquidación, se debe acudir a lo consagrado en el artículo 21 y el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, con base en los factores cotizados de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994, normativa de carácter general que no consagra los factores salariales cuya inclusión reclama el demandante.

Así las cosas, no se discute en este proceso que la situación pensional del demandante quedó sometida al régimen establecido por la Ley 71 de 1988, por ser beneficiario del régimen de transición pensional consagrada en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.



13001-33-33-007-2015-00416-01

No obstante lo anterior, y atendiendo la interpretación fijada por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015 a que se ha hecho referencia en el marco normativo de la presente providencia, y la cual fue aplicada por el Ad Quo, y que comparte esta Sala por tratarse de un precedente constitucional de obligatorio cumplimiento, al encontrarse sujeta la situación pensional de la parte actora, al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que su pensión se otorgue con base en el monto (porcentaje) edad y tiempo de servicios consagrados en el régimen anterior, pero en lo que respecta al IBL debe hacerse con base en lo señalado en el régimen general, pues este componente no hace parte del régimen de transición, como se señaló con precedencia.

En este orden, para el cálculo del IBL de la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, habrá de estimarse que si les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

De este modo, se observa que la entidad demandada en los reconocimientos pensionales liquidó la prestación de la parte demandante con fundamento en lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el 75% de los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, en el periodo que le hacía falta para adquirir el derecho, por lo que se entiende que esta prestación fue liquidada de manera correcta, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales dictados por la Corte constitucional, cuya tesis se acoge.

En ese orden, el recuento normativo y fáctico hasta aquí expuesto se constituye en razón suficiente para concluir que la reclamación de reliquidación pensional de la parte actora, tendiente a que se le aplique como IBL el 75% de todo lo devengado durante el último año de servicios, conforme a las prerrogativas contempladas en la Ley 71 de 1988 de esa misma anualidad, no está llamada a prosperar, por cuanto es claro que la norma que gobierna su situación pensional en materia de IBL, es el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de lo que se establece que el quantum pensional fue correctamente liquidado y que debe mantenerse la legalidad de los actos acusados, y en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

Por último, vale la pena señalar que el demandante pretendía igualmente la indexación de la primera mesada pensional, cuestión que fue negada por el juez de primera instancia, pero que no fue objeto de apelación, por lo que no hay lugar a efectuar pronunciamiento de fondo en este aspecto, dado que el



13001-33-33-007-2015-00416-01

recurso de apelación está regido por el principio de congruencia, por lo que el juez de segunda instancia solo puede resolver sobre los motivos de inconformidad señalados en la apelación.

#### **6. Condena en Costas.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte que se le resolvió desfavorablemente la apelación, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de conformidad con el artículo 366 del CGP.

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

#### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida el dieciséis (16) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Séptimo Administrativo de Bolívar, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** Condenar en costas a la parte demandante, de conformidad con los artículos 365 y 366 del CGP, las cuales se liquidaran por el juez de primera instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

Código: FCA - 008

Versión: 02

Fecha: 18-07-2017



Handwritten scribbles, possibly initials or a signature.

Handwritten scribbles, possibly initials or a signature.