



Cartagena de Indias D, T y C, veintiocho (28) de Junio de dos mil diecinueve (2019).

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2016-00245-00
Demandante	ALBERTO ANAYA MARMOL
Demandado	UGPP
Tema	IBL
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

I. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, iniciado por el señor ALBERTO ANAYA MARMOL, a través de apoderado, contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIÓN PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

II. - 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 ALBERTO ENRIQUE ANAYA MARMOL, laboró en forma interrumpida en la dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales DIAN, entidad del sector público, contabilizando un tiempo de servicio mayor de 41 años, tal como lo reconoce la entidad administrativa de pensiones CAJANAL, en la Resolución No. PAP 057500 de Junio 10 de 2011, Y LA SUBDIRECTORA DE GESTIÓN PENSIONAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES mediante Resolución No. 008542 de Octubre 08 de 2013.





- El señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MARMOL, inició su actividad laboral en la DIAN, desde el 19 de julio de 1972, hasta el 12 de agosto del 2013, nació el 27 de marzo de 1947, adquiriendo su status pensional el 27 de marzo de 2007, en los términos de la ley 100 de 1993, Art. 36 que consagra la pensión vitalicia de vejez, para empleados del sector público del orden Nacional dentro del régimen de transición, habiendo hecho aportes para cotización pensional en la Caja Nacional de Previsión Social, y actualmente cotiza salud a la Nueva E.P.S.
- Reunido el tiempo de servicio u la edad, El Señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MARMOL, el 14 de marzo de 2011 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de vejez, a CAJANAL, por encontrarse dentro del régimen de transición que consagra la Ley 100 de 1993, y le fue reconocida la pensión mediante resolución PAP 057500 de junio 10 del 2011, se le aceptó la renuncia del cargo, a partir Agosto 13 del 2013, mediante Resolución No. 003195 de abril 24 de 2013.
- El Señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MARMOL, formuló petición de reliquidación de su pensión de vejes (sic), en mayo 19 de 2015, amparada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES D ELA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP. Quien reemplazó a CAJANAL.
- Mediante resolución RDP de mayo 21 de 2015, se le negó la petición solicitada, aduciendo que los factores señalados por el solicitante, no se tuvieron en cuenta para liquidar su pensión de vejez y que no se encuentran establecidos en el artículo anterior, y que por lo tanto no son tenidos en cuenta como base para calcular la liquidación de dicha pensión. Contra esta Resolución se interpusieron los recursos de ley, los cuales fueron negados con la Resolución No. RDP 32464 de agosto 10 de 2015. La demandada en septiembre 07 del 2015, dicta la Resolución RDP 036236, mediante la cual confirma en todas sus partes la resolución No. 20211 del 21 de mayo del 2015. Haciéndole





saber que con la presente queda agotada la vía gubernativa, se interpusieron los recursos pertinentes y se manifestaron las inconformidades legales contenidas en la resolución, y en octubre 08 del 2015, mediante resolución RDP 041517 resolvieron que el peticionario tenía derecho a la reliquidación de la pensión conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993. En la reliquidación, solo se tuvo en cuenta el tiempo adicional, pero omitieron los factores de salario reconocidos en la Ley y la jurisprudencia de las altas cortes como son: el incentivo por desempeño grupal, prima de productividad Nacional, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, factor nacional.

- Como argumentos para negar la inclusión de los factores salariales en la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez, exponen lo siguiente: No se puede acceder a reliquidar la pensión de vejez con el último año de servicio y la inclusión de todos los factores salariales, toda vez que el estatus jurídico de pensionado lo adquirió en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 27 de marzo de 2007, por lo tanto se le respeta el tiempo de servicio y monto que estableció el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y la liquidación se debe efectuar con los factores salariales contemplados en el decreto 1158 de 1994.
- LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, ha hecho caso omiso en cuanto a la inclusión de los factores salariales causándole un perjuicio económico a mi representado."

1.2 Las pretensiones de la demanda

Se declare la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: i) Resolución No. PAP 057500 de junio 10 de 2011, por medio de la cual se le concedió la pensión vitalicia de vejez al señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MÁRMOL; ii) resolución No. RDP 036236 del 07 de septiembre de 2015; iii) Resolución No. RDP 32464 de agosto 10 de 2015; iv) y finalmente, la Resolución No. RDP 020011 del 21 de mayo de 2015 que negó la reliquidación y los recursos de reposición y apelación.





A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la UGPP, realizar la liquidación en la forma y condiciones previstas en la Ley para establecer el valor de la pensión, y los emolumentos concurrentes que le correspondan desde la fecha de causación; así mismo, que se condene a la demandada a pagar las diferencias en los periodos pagados y lo que se debió pagar, desde el momento de acusación del derecho; igualmente, que se ordene la reliquidación de la pensión de vejez del señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MARMOL, liquidada en debida forma, con los factores salariales devengados durante los últimos años, tales como: Asignaciones básicas, el incentivo por desempeño grupal, prima de productividad nacional, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, factor nacional y prima de antigüedad.

De igual forma, reclama el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del CPACA., el pago de los intereses moratorios en virtud del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y condenar a la demandada en costas.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas, los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 53, 58 y 83 de la Constitución Nacional; además el Decreto 1160 de 1989 artículo 10, la Ley 100 de 1993, artículo 21, 36 y 150; la Ley 33 y 62 de 1985, aplicables de los Decretos 1042 de 1978, 1045 del mismo año, 1158 de 1994, artículo 161 inciso 3° de la Ley 1437 del 2011.

Aduce que, la liquidación pensional contenida en la resolución PAP 057500 del 10 de junio de 2011, por medio de la cual se concedió la pensión vitalicia de vejez y RDP 041517 del 08 de octubre de 2015 que ordenó la reliquidación, no incluyen en sentido estricto todos los factores salariales que debió incluir para determinar el valor de la pensión a pagar.

2. Contestación de la demanda. (Fls. 114-122)

La entidad demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP,

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





mediante escrito de contestación de fecha 10 de octubre de 2016 (fls. 114-123), manifestó que sobre los hechos, parecen ciertos los relativos a la reclamación de la pensión, su reconocimiento y su pago, sobre los demás hechos, advierte que los factores tenidos en cuenta por la UGPP al momento de liquidar la pensión del demandante fueron conforme a los lineamientos legales vigentes y jurisprudenciales que estaban rigiendo en ese momento.

En cuanto a las pretensiones se opone a las mismas por considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho.

Así mismo, sostiene que las pretensiones de la demanda no se ajustan a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Aduce que, no es procedente la reliquidación de la pensión de sobrevivientes, dado que la misma se encuentra ajustada a derecho y fue reconocida conforme al régimen legal aplicable al caso de la interesada; así mismo que la liquidación pensional de quien demanda se realizó incluyendo los factores salariales a que tendría derecho y el porcentaje de liquidación corresponde al que indica la Ley especial.

Finalmente, propuso como excepciones la de prescripción, inexistencia de la causa pretendida y cobro de lo no debido, falta de derecho pedir, buena fe, falta de cotización de factores salariales y la genérica.

3. Trámite procesal de primera instancia

La demanda de la referencia, fue admitida por auto del 25 de mayo de 2016 (fs. 104-105). La entidad demandada fue notificada personalmente del auto admisorio el día 26 de mayo de 2016 (f. 106).

Mediante providencia del 14 de diciembre de 2018 (fl. 158), se fijó fecha y hora para la realización de la audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 14 de febrero de 2019 (fs. 161-162).

Finalmente, se procedió a cerrar la etapa probatoria, y a dar traslado a las partes, para alegar de conclusión por escrito, dentro de los diez (10) días





siguientes, de conformidad con lo previsto en el inciso 3° del artículo 181 del CPACA.

Vencido el término del traslado, pasó al Despacho para emitir la correspondiente sentencia que defina el litigio.

4. Alegaciones

4.1 De la parte accionante (fs.178-180)

Por medio de escrito allegado a la Secretaría de este Tribunal en fecha de 27 de febrero de 2019, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, manifestando que mediante resolución No. RDP 041517 del 08 de octubre de 2015, se le reconoce la reliquidación de la pensión al demandante, a quien se le debió liquidar la pensión teniendo en cuenta el 75% del salario promedio de lo devengado durante el último año de servicio, abarcando los factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985, ya que esta se encuentra dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que además en el año anterior al retiro definitivo devengó los conceptos tales como sueldos, incentivos de desempeño gestión, bonificación por servicios, prima de antigüedad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por recreación y prima de navidad.

4.2. De la parte accionada (fs. 172-177)

Por medio de escrito allegado a la Secretaria de este Tribunal el día 18 de febrero de 2019, la parte demandada solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que, si bien la entidad demandada no motivó sus considerando en la sentencia C-258 de 2013 expedida por la Corte Constitucional, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa ha unificado su jurisprudencia al respecto en la sentencia antes mencionada y es precisamente ese planteamiento el que expone para confirmar el proceder que tuvo la entidad encartada al momento de la reliquidación, es decir, calcular el IBL con el promedio de los último diez años de cotización, encontrándose en ese sentido el ejercicio jurídico acertado.

5. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto dentro del presente asunto.





IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas - 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.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la demanda en referencia.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

1) Determinar si, ¿Es procedente que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIÓN PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, liquide la pensión de jubilación del demandante, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985, tal y como lo pretende la parte demandante?

3. Tesis

La Sala NEGARÁ las pretensiones de la demanda, en consideración a que en el *sub iudice* se acreditó que el demandante es beneficiario del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia le asiste derecho a que se le aplique la Ley 33 de 1985, pero solo respecto a la i) edad, ii) tiempo de servicio y, iii) tasa de reemplazo; sin embargo, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se debe determinar conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (los últimos 10 años), y no con fundamento





en el régimen anterior; igualmente los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, son los listados en el Decreto 1158 de 1994. En esa medida, no es posible aplicarle al demandante, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como se solicita en las pretensiones de la demanda.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del *sub examine*, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) marco normativo y jurisprudencial del régimen de transición y, ii) caso concreto.

4. Marco normativo y jurisprudencial

4.1. La seguridad Social como derecho fundamental

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido¹ 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 quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada².

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.

¹ Sentencia T-039 de 2017

² sentencia T-013 de 2011.





4.2. El Precedente Constitucional

La Corte Constitucional tiene a su cargo "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución³", así pues, es la encargada de fijar los efectos de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior⁴.

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 revestidos⁵; 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 Política⁶.

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

³ Artículo 241 Constitución Política de Colombia.

⁴ Sentencia T-018 de 2018

⁵ 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.

⁶ Sentencia T-410 de 2014





marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos y, las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política⁷".

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.⁸"

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 asociados⁹.

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

⁷ Sentencia T-233 de 2017.

⁸ Ibídem

⁹ T-410 de 2014.





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 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." (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 1° de abril de 1994; ii) hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1° de abril de 1994; iii) hombres y mujeres que independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 1° 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 3° 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 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 cubre, 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 2016¹⁰ 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.

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".

¹⁰ Exp. 2013-01541 (4683-2013).





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 cuyo 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 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 notoria y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.»**

Ahora bien, en reciente pronunciamiento del 28 de agosto de 2018¹¹, la Sala Plena del Consejo de Estado modificó la posición jurisprudencial que venía fijada por la Sección Segunda de dicha Corporación, en la cual se inclinó por la posición adoptada por la Corte Constitucional, pero conservando algunos matices particulares, en dicho pronunciamiento señaló la Alta Corporación:

"Primero: Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. 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

¹¹ Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.





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.

2. 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.

3. 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."

En este orden, se observa que venían coexistiendo dos posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen de transición pensional en la liquidación de la asignación, no obstante dado el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado que se ha inclinado sustancialmente en dirección a la tesis sostenida por la Corte Constitucional, resulta claro que se debe continuar acogiendo el criterio adoptado como precedente constitucional por la H. Corte Constitucional, el cual se viene aplicando por la Sala incluso desde antes del pronunciamiento del 28 de agosto de 2018, lo cual se acompasa con la nueva postura del Consejo de Estado, dado que la Corte Constitucional en este sentido ha 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. Caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente que, mediante Resolución 53826 del 10 de junio de 2011 (fls. 2-5), se reconoció una pensión de jubilación al señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MARMOL, en cuantía de \$1, 048,337, efectiva a partir del 1 de agosto de 2010.

1.2. Obra en el expediente Resolución RDP 041517 del 08 de octubre de 2015, por la cual se ordena la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de vejez del señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MARMOL. (fls. 30-32)

1.3. De igual manera, obra en el expediente Resolución No. RDP 020011 del 21 de mayo de 2015 (fls. 17-19), por medio de la cual, se niega la reliquidación de una pensión de vejez, debido a que los factores aducidos por el solicitante, no se encuentran establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

1.4. Así mismo, se encuentra acreditada, la Resolución No. RDP 032464 del 10 de agosto de 2015, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MÁRMOL, contra la Resolución No. 200111 del 21 de mayo de 2015.

1.5. Igualmente, se encuentra en el expediente, la Resolución No. RDP 036236 del 07 de septiembre de 2015 (fls.21-28), por medio del cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 20011 del 21 de mayo de 2015.





5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Sea lo primero en señalar por esta Colegiatura, que en el *sub judice*, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al demandante, mediante Resolución N° PAP 057500 del 10 de junio de 2011, expedida por CAJANAL, en cuantía de \$1.048.337 efectiva para el año 2010, cuya liquidación se efectuó con un porcentaje de liquidación de 75%. (Fs. 11-14)

Así mismo, se tiene que el demandante, a través de petición radicada a la UGPP, el día 27 de enero de 2015, bajo el número SOP201500003260, solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación con aplicación integral de la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio; petición que fue contestada el día 21 de mayo de 2015, en la que se le manifestó al peticionario que se despacha negativamente la petición de reliquidación incoada, toda vez que los factores aducidos por el solicitante, los cuales no se tuvieron en cuenta para liquidar la pensión de vejez, no se encontraban en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrimado al expediente, se tiene que el señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MÁRMOL, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que para la fecha en que entró a regir esta ley - 1° de Abril de 1994-, tenía más de 40 años de edad, cumpliendo así con uno de los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo.

En esa medida, y atendiendo el marco normativo y jurisprudencial arriba expuesto, específicamente la sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU 395 de 2017, y la Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado, al encontrarse sujeta la situación pensional del actor, al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello exclusivamente le da derecho a beneficiarse de los elementos previstos en la Ley anterior, atinentes a: i) edad para acceder a la pensión





de vejez, ii) tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y iii) **monto** de la pensión de vejez (tasa de reemplazo), pero entendido este último concepto como el **porcentaje** sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación - IBL -, componente este último para el cual debe seguirse inexorablemente lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición.

Por otro lado, es necesario precisar, como se indicó up supra, que los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994. En este orden, se observa en el sub iudice, que los factores deprecados por el accionante (el incentivo por desempeño grupal, prima de productividad nacional, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, factor nacional), no están enlistados en la norma en cita, razón por la cual no se pueden tener en cuenta; con excepción de la bonificación por servicios; el cual si fue tenido en cuenta para liquidar la pensión (fl.12); razón por la cual, no es procedente conceder las pretensiones en cuanto a la inclusión de otros factores salariales.

Así las cosas, no es posible aplicarle al señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MÁRMOL, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como es su pretensión principal, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

En este sentido, precisa la Sala que, no es posible ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios, pues ello es contrario a los criterios establecidos por la Corte Constitucional, los cuales adopta y prohija esta Sala de Decisión, motivo por el cual se negará dicha pretensión.

5.3. 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, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, debido a que cuando presentó la demanda, estaba amparada en la tesis que sostenía la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su momento.





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: NEGAR las pretensiones de la demanda iniciada por el señor ALBERTO ENRIQUE ANAYA MÁRMOL contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones correspondientes en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. ____

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

