



142

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	13-001-23-33-000-2017-00353-00
Demandante	ABELARDO GUERRERO GUERRERO
Demandado	COLPENSIONES
Tema	IBL
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. 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 ABELARDO GUERRERO GUERRERO, a través de apoderado, contra COLPENSIONES.

III. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 PRETENSIONES

"PRINCIPALES

1. Declarar que son nulos los siguientes Actos Administrativos, todos proferidos por el ISS, como administrador del régimen de Prima Media con Prestación Definida, función que ha sido asumida en la actualidad por la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-:
 - a. Resolución GNR 5653 de 10 de enero de 2014, mediante la cual COLPENSIONES estudia un expediente pensional.
 - b. Resolución GNR 197670 de 03 de junio de 2014, mediante la cual se resuelve un recurso de reposición y se revoca la resolución No. 5653 de 10 de enero de 2014, y se reconoce y ordena el pago a favor del señor ABELARDO GUERRERO GUERRERO en virtud del régimen especial de funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público (Dto. 546 de 1971) (nulidad parcial)
2. Que como consecuencia de las revocatorias, y a título de restablecimiento del derecho, La Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-, o quien haga sus veces como Administrador del Régimen de Prima Media con prestación Definida, expida una nueva Resolución, donde se ordene la reliquidación de una





PENSIÓN DE JUBILACIÓN, conforme a lo establecido en el Art. 6 del decreto 546 de 1971, es decir el equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio" el suscrito ABELARDO GUERRERO GUERRERO, actualizados con el IPC, y en cuyo cálculo se tomó en cuenta lo contemplado en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, es decir tomando en consideración que además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o el empleado como retribución de sus servicios, conforme a las certificaciones expedidas por parte de la Rama Judicial del Poder Público, reconociendo además como fecha de pago inicial el día 20 de Noviembre de 2009, fecha en la que mi representado se retiró del servicio al Estado.

3. Que como consecuencias de las revocatorias, y a título de restablecimiento del derecho, La Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-, o quien haga sus veces como Administrador del régimen de Prima Media con prestación Definida, reconozca y pague los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, respecto de las diferencias entre lo pagado cada mes y las mesadas reliquidadas conforme a derecho, desde cuando se causaron hasta que se produzca el pago efectivo.
4. Que como consecuencias de las revocatorias, y a título de restablecimiento del derecho, La Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-, o quien haga sus veces como Administrador del régimen de Prima Media con prestación Definida, y solo en caso de ser negados los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, actualice las condenas aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha inicial de la pensión (20-11-2009) hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.
5. Que La Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-, o quien haga sus veces como Administrador del régimen de Prima Media con prestación Definida con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, aplique los ajustes anuales a la pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto por la ley 100 de 1993.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a La Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-, o a la entidad que asuma esta función."

1.2 Hechos relevantes planteados por el accionante.

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

- El accionante nació el 13 de mayo de 1944.
- Alega el accionante que el 01 de abril de 1994 contaba con más de 49 años de edad.





- Indica el accionante que laboró en la Armada Nacional desde el 01 de julio de 1963 al 31 de octubre de 1987; posteriormente trabajó en la Rama Judicial del Poder Público- tribunal superior del distrito Judicial de Cartagena del 23 de febrero de 1989 al 30 de marzo de 1994.
- Luego de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones prestó sus servicios en la Rama Judicial- Tribunal Superior del distrito Judicial de Cartagena del 01 de abril de 1994 al 19 de noviembre de 2009.
- Indica el accionante que por falta de información veraz fue afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, regresando al ISS en enero de 2004.
- Radicó solicitud de pensión, el cual fue negada por el ISS a través de resolución No. 1591 del 11 de febrero de 2010, argumentando que no reunía el tiempo requerido para adquirir el estatus.
- Manifiesta el demandante que presentaron recursos vía gubernativa contra la anterior resolución; el cual fue resuelta a través de Resolución No. 0009723 del 18 de junio de 2010, confirmando la decisión apelada.
- Posteriormente el ISS a través de Resolución No 0000377 de 07 de abril de 2011, confirmó la anterior resolución e indicó que no procede recurso alguno.
- Mediante oficio ODA No. 10-20302 del 13 de octubre de 2010, la oficina de devolución de aportes del ISS comunicó que para obtener los beneficios del régimen de Transición debía consignar en el Banco de Occidente la suma de \$2.039.465,00.
- Arguye el accionante que por retrasos de la empresa de mensajería se le comunicó sobre este oficio el año 2011.





- En escrito de fecha 12 de abril de 2011 el demandante solicitó a la Oficina de Devolución de Aportes del ISS, reliquidación del valor a consignar, con la finalidad de recuperar el régimen de transición.
- El 16 de agosto de 2011, a través de e-mail remitido por la Dra. Jessica Natalia Gómez Pinilla del Grupo de Devolución del ISS, se indicó que podía consignar el valor de \$2.039.465,00.
- EL día 26 de agosto de 2011, el señor Abelardo Guerrero consignó la suma a órdenes del ISS.
- Colpensiones a través de Resolución GNR 197670 del 03 de junio de 2014, ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Abelardo Guerrero Guerrero.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas, los artículos 1 y 2 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 6 del Decreto Ley 546 de 1971, el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículos 31, 36 y 141 de la ley 100 de 1993 con las modificaciones realizadas por los artículos 10 y 18 de la ley 797 de 2003.

2. Contestación de la demanda.

La entidad demandada COLPENSIONES, mediante escrito de contestación de fecha 19 de diciembre de 2017 (fls.84-91), se opuso a cada una de las pretensiones, alegó que no es procedente acceder a la solicitud de reliquidación conforme lo solicita el accionante, debido a que para efectuar la liquidación de las prestaciones que se encuentran en transición, se debe tener en cuenta el régimen anterior en cuanto a la edad, el tiempo y el monto, sin embargo en cuanto al cálculo del IBL se debe tener en cuenta lo consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en el que se estipula el tiempo que le hacía falta al 01 de abril de 1994 y los factores salariales los estipulados en el Decreto 1158 de 1994.





3. Trámite procesal de primera instancia

La demanda de la referencia, fue admitida por auto del 14 de julio de dos mil diecisiete (2017)(fs. 73-75). La entidad demandada fue notificada personalmente del auto admisorio el día 23 de octubre de 2017 (f. 81).

Mediante providencia del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) (fs. 118), se fijó fecha y hora para la realización de la audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 18 de febrero de 2019 (fs. 126-127).

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.134-141)

Por medio de escrito allegado a la Secretaría de este Tribunal en fecha de 19 de febrero de 2019, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se concedan las pretensiones deprecadas, manifestando que laboró más de 21 años al servicio de la Rama Judicial del Poder Público, por ende su pensión debe reconocerse conforme el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, en el que se estipula el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, incluyendo los factores salariales consagrados en el Decreto ley 717 de 1978.

4.2. De la parte accionada (fs. 129-133)

Por medio de escrito allegado a la Secretaria de este Tribunal el día 20 de febrero de 2019, la parte demandada solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, manifestando que no es procedente acceder a la solicitud de reliquidación puesto que por tratarse del régimen de transición se tiene en





cuenta del régimen anterior la edad, el tiempo y el monto, sin embargo el cálculo del IBL se realiza conforme al artículo 36 de la ley 100 de 1993, es decir con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, respecto a los factores salariales serían los enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

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:

Determinar si, ¿Es procedente que COLPENSIONES, reliquide la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta el equivalente del 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, conforme a lo estipulado en el Decreto 546 de 1971?





3. Tesis

La Sala considera que al demandante no le asiste derecho a la reliquidación deprecada; en consideración a que en el *sub judice* 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 el Decreto 546 de 1971, 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, y no con fundamento en el régimen anterior.

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 Constitución"³, 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 marco fáctico similar y

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





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 pensonal en régimen de transición.

La ley 100 de 1993, contempló un régimen de transición pensonal, 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

⁷ Sentencia T-233 de 2017.

⁸ Ibídem

⁹ T-410 de 2014.





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.

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





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 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 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 acordara 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, incluso 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

¹⁰ Exp. 2013-01541 (4683-2013).





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 notorio 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:

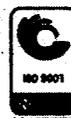
1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 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 hiciera 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.

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





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.

4.4 Régimen pensional aplicable al caso concreto

El Decreto 546 de 1971 estableció el Régimen de Seguridad y Protección Social de los Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus Familiares, y en su artículo 6° dispuso lo siguiente:





"ARTÍCULO 6o. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas."

5. Caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados

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

- 1.1. Obra en le expediente Resolución 1591 del 11 de febrero de 2010, mediante la cual se le niega pensión de vejez al señor Abelardo Guerrero Guerrero.
- 1.2. Obra en el expediente escrito de reposición y en subsidio de apelación contra la anterior resolución.
- 1.3. Obra en el expediente Resolución No 0009723 del 18 de junio de 2018 por medio de la cual se resuelve recurso de reposición y se confirma la Resolución 1591 del 11 de febrero de 2010.
- 1.4. Obra en el expediente Resolución GNR 5653 del 10 de enero de 2014, mediante la cual se resuelve que se atiende a lo resuelto en las resoluciones 1591 del 11 de febrero de 2010, 9723 del 18 de junio de 2010, 3002 del 07 de octubre de 2010 y 17147 del 21 de noviembre de 2011.
- 1.5. Obra en el expediente Resolución GNR 197670 del 03 de junio de 2014, mediante la cual se revoca la Resolución 5653 del 10 de enero de 2014; se reconoce y ordena pagar a favor del señor Abelardo Guerrero Guerrero una pensión vitalicia de vejez.

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

En el sub judice pretende el demandante la nulidad de la Resolución GNR 5653 de 10 de enero de 2014 expedida por COLPENSIONES; Resolución 197670 del 03 de junio de 2014 por medio la cual se revoca la Resolución No. 5653 de 10 de enero de 2014 y se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez al señor Abelardo Guerrero Guerrero.





Solicita el accionante la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, conforme a lo estipulado en artículo 6 del Decreto 546 de 1971.

Sea lo primero en señalar esta Colegiatura, que de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrojado al expediente, el accionante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, para la fecha en que entró a regir esta ley - 1º 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, al encontrarse sujeta la situación pensional de la actora, 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.

Así las cosas, no es posible aplicarle al demandante, el régimen contemplado en el Decreto 546 de 1971, 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 y en consecuencia se negarán las pretensiones.

5.3. Condena en costas en segunda instancia

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

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





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 **ABELARDO GUERRERO GUERRERO** contra **COLPENSIONES**, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

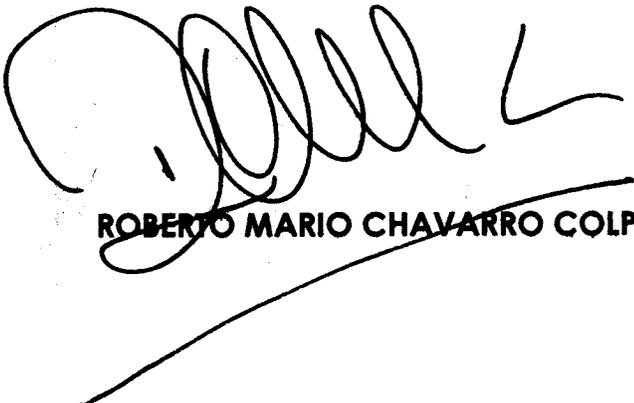
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones correspondientes en el Sistema Justicia Siglo XXI.

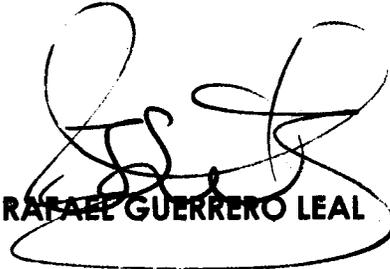
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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 ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

