



Cartagena de Indias D, T y C, treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

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

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-001-2015-00340-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>YOLANDA SALCEDO DE VARELA</b>
<b>Demandado</b>	<b>SENA Y OTROS</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ</b>
<b>Tema</b>	<b>IBL- Transición.</b>

**II. PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 18 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**III. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1. PRETENSIONES.**

*PRIMERO: DECLARASE LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No 000373 del 1 de Abril de 2002, por medio el cual se le reconoce la pensión de jubilación de la señora YOLANDA SALCEDO DE VARELA.*

*SEGUNDO: DECLARASE LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 000197 de fecha 21 de febrero de 2005, por medio del cual se declara la pérdida de fuerza ejecutoria la Resolución No. 00373 del 1 de Abril de 2002.*

*TERCERO: DECLARESE LA NULIDAD de la comunicación No. 2-2015-007175 del 24 de junio del 2015, por medio del cual se le niega la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación de la señora YOLANDA SALCEDO DE VARELA.*

*CUARTO: Solicito que se sirva reliquidar la pensión de jubilación de la señora YOLANDA SALCEDO DE VARELA, identificada con cédula de ciudadanía número 33.121.679, a partir de la fecha del retiro definitivo del servicio, el 30 de noviembre del 2001 en cuantía no inferior al 75% teniendo en cuenta al momento de la reliquidación todos los factores de salario devengados por el demandante en el año inmediatamente anterior al último año de servicios o los últimos diez años de acuerdo con el principio de favorabilidad, incluyendo además de la asignación básica los factores de prima de navidad, prima de junio y diciembre, gastos de transporte, vacaciones, viáticos, auxilio de*





manutención, incremento por antigüedad, prima de vacaciones y bonificación por servicios y cualquier otro emolumento recibido como contraprestación de sus servicios.

QUINTO: Solicito al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, pagar a la señor(a) YOLANDA SALCEDO DE VARELA, las sumas resultante de las diferencias pensionales entre lo reconocido y pagado y lo que debe reconocer y pagar por la liquidación, a partir de la fecha de retiro de mi poderdante con los reajustes de la ley y debidamente indexada hasta la fecha.

SEXTO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordena al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, reliquidar la pensión de la señor(a) YOLANDA SALCEDO DE VARELA, teniendo en cuenta al momento de la reliquidación todos los factores de salario devengados por el demandante en el año inmediatamente anterior al último año de servicios o los últimos diez años lo que resulte más favorable para el demandante, incluyendo además de la asignación básica los factores de prima de navidad, prima de junio y diciembre, gastos de transporte, vacaciones, viáticos, auxilio de manutención, incremento por antigüedad, prima de vacaciones y bonificación por servicios y cualquier otro emolumento recibido como contraprestación de sus servicios, los cuales se encuentran debidamente certificados por la respectiva Pagaduría, de acuerdo con las constancias que obran en el expediente administrativo de pensiones que reposa en el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.

Las sumas que resulten a favor del demandante, por la diferencia entre lo pagado por la pensión reconocida y lo que debe pagar, una vez se reliquide se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = \frac{RH \times \text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante, esto es, la diferencia entre lo que se le ha pagado como pensión de jubilación y lo que se le debe pagar al reliquidarla conforme a esta sentencia, a partir del 30 de noviembre de 2001, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos, La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en la parte final del artículo 195 del CPACA. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el artículo 189 del CPACA.

SEPTIMO: Ordénese también que la condena de que trata la pretensión anterior se ajuste en su valor tomando como base el índice de Precios al Consumidor o al por Mayor, como indica el CPACA.

OCTAVO: Igualmente ordénese a la demandada el pago de los intereses comerciales y/o moratorios aplicables a las mencionadas sumas tal como lo indica el C.C.A.

NOVENO: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 177 del Código Contencioso Administrativo."



## 1.2. Hechos.

1.2.1. Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

1.2.2. La accionante nació el 24 de mayo de 1946. Prestó sus servicios durante 24 años, 10 meses y 18 días en el Servicio Nacional de Aprendizaje.

1.2.3. Mediante Resolución No. 00373 del 01 de abril de 2002, se le reconoció una pensión de jubilación en valor de UN MILLÓN SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CEINTE PESOS (\$1.698.220), notificado el 10 de abril de 2002.

1.2.4. A través de Resolución No. 000197 el SENA declaró la pérdida de ejecutoria de la anterior resolución.

1.2.5. El 02 de junio de 2015, la accionante presentó solicitud de reliquidación de la pensión, el cual fue resuelto mediante Comunicación No. 2-2015-007175; de forma negativa.

### 1.2. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante señala como normas violadas, artículo 2, 29, 48, 49, 53, 58 y 239 de la Constitución Política y ley 4ta de 1992.

## 2. Sentencia Apelada (fs. 172-178)

En sentencia de fecha 18 de abril de 2017, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Consideró el A quo que en el presente caso es aplicable el régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993; al accionante le faltaba menos de diez años para adquirir el estatus de pensión en el momento que entró en vigencia dicha ley, por ende se debe emplear el artículo 36 de la norma en mención.

## 3. Recurso de Apelación (fs. 200-207)



La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se sirva proferir fallo teniendo en cuenta precedente judicial en el que se establece el IBL con el promedio de los ingresos recibidos en los últimos 10 años de servicios.

#### **4. Trámite procesal de segunda instancia**

Mediante auto de fecha 06 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 5 cuaderno principal de segunda instancia).

Así mismo, en desarrollo del trámite procesal, mediante auto de fecha 26 de febrero de 2018, este Despacho de conformidad con el numeral 4° del artículo 247 del CPACA, prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y procedió a dar traslado a las partes por el término de 10 días para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, y vencido el mismo dio traslado al Ministerio Público para que emitiera concepto (f. 10-cuaderno principal de segunda instancia).

#### **5. Alegaciones**

##### **5.1. De la parte demandada- SENA (fs. 13-19 cuaderno principal de segunda instancia)**

Solicitó se confirme en todas sus partes el fallo de primera instancia y se le de aplicación al precedente fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

##### **5.2. De la parte demandada- COLPENSIONES (fs. 20-23 cuaderno principal de segunda instancia)**

En el escrito de alegatos solicitó se confirme el fallo de primera instancia y se absuelva a Colpensiones de las pretensiones formuladas.





#### 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 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

##### 2. Problema jurídico

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

*¿Determinar si es procedente que el SENA, reliquide la pensión de jubilación de la señora Yolanda Salcedo, teniendo en cuenta la cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio o los últimos diez (10) años de acuerdo al principio de favorabilidad, incluyendo los factores devengados durante el respectivo periodo?*

##### 3. Tesis

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia apelada, en consideración a que en el *sub judice* se acreditó que la demandante es beneficiaria 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, y no con fundamento al régimen anterior; igualmente





los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

#### 4. Marco normativo y jurisprudencial

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

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido<sup>1</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 quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada<sup>2</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>3</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>4</sup>.

<sup>1</sup> Sentencia T-039 de 2017

<sup>2</sup> sentencia T-013 de 2011.

<sup>3</sup> Artículo 241 Constitución Política de Colombia.

<sup>4</sup> Sentencia T-018 de 2018





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>5</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>6</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 marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos y, las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política"*<sup>7</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>8</sup>

<sup>5</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>6</sup> Sentencia T-410 de 2014

<sup>7</sup> Sentencia T-233 de 2017.

<sup>8</sup> *Ibidem*





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>9</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 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.

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





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 2016<sup>10</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 resolutoria de la**

<sup>10</sup> Exp. 2013-01541 (4683-2013).





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 sentencia 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 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 2018<sup>11</sup>, 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.

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

<sup>11</sup> Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.





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. EL CASO CONCRETO.**

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

**5.1.1.** Se encuentra acreditado dentro del expediente, que a la señora YOLANDA SALCEDO VARELA, se le reconoció una pensión de jubilación mediante Resolución No.000373 de 2002, expedida por el Secretario General del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, en cuantía de UN MILLÓN SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS (\$1.698.220) (fl. 12-13).

**5.1.2.** Obra en el expediente Resolución 000197 de 2005, mediante la cual se declara la pérdida de la ejecutoria de la Resolución No.000373 de 2002. (fl. 15-16)

**5.1.3.** Obra en el expediente solicitud de reliquidación pensional de la señora Yolanda Salcedo. (fl. 17-19)





5.1.4. Obra en el expediente Comunicación No. 2-2015-007175 de 2015 mediante la cual se niega la solicitud de reliquidación pensional por parte de la accionante. (fl. 21-24)

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

En el sub judge pretende el demandante la nulidad parcial de la Resolución No 000373 del 01 de abril de 2002, por medio de la cual se le reconoce la pensión de jubilación a la accionante; nulidad parcial de la Resolución No 000197 del 21 de febrero de 2005, por medio de la cual se declara la pérdida de la fuerza de ejecutoria de la anterior resolución; nulidad de la comunicación No. 2-2015-007175 del 24 de junio del 2015 por medio de la cual se niega la solicitud de reliquidación pensional de la demandante.

Solicita el actor la reliquidación de la pensión de jubilación en una cuantía no inferior al 75%, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al último año de servicios o los últimos 10 años, de acuerdo al principio de favorabilidad; solicita se le pague las sumas resultantes de las diferencias pensionales entre lo reconocido y pagado y lo que se le debe reconocer.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrojado al expediente, se tiene que la señora YOLANDA SALCEDO, es beneficiaria 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 – 1º de Abril de 1994-, tenía más de 35 años de edad; cumpliendo así con uno de los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo.

De acuerdo al 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 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.

Así las cosas, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en este caso al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) la accionante contaba con 48 años de edad, es decir le hacía falta 7 años, 1 mes y 23 días para adquirir el derecho; es decir le hacían falta menos de 10 años, por ende el tiempo sobre el cual se le debe liquidar es el que le hiciera falta para adquirir el derecho. Además es necesario sustentar que para liquidar el IBL solo se debe tener en cuenta los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994.

En este sentido, precisa la Sala que, disiente del recurrente por cuanto pretende se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores devengados teniendo en cuenta para determinar el IBL, el último año de servicios o los últimos 10 años de acuerdo con el principio de favorabilidad, lo cual es contrario a los criterios establecidos por la Corte Constitucional, los cuales adopta y prohíja el A quo y esta Sala de Decisión. En este sentido, se confirmará el fallo apelado de fecha dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena, a través del cual se negaron las pretensiones de la demanda y en consecuencia, se negaran las mismas.

### **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 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



**IV. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la Sentencia apelada de fecha dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido por la señora **YOLANDA SALCEDO DE VARELA**, contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en ambas instancias.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS