



13-001-33-33-002-2015-00556-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de mayo de dos mil diecinueve (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2015-00556-01
Demandante	ENRIQUE IRIARTE CARVAJAL
Demandado	UGPP
Tema:	Reliquidación pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el periodo de tiempo tenido en cuenta para la liquidación pensional
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia oral de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

Solicita la parte demandante, que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. RDP 0021726 del 28 de mayo de 2015 expedida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez por factores salariales.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita i) que se ordene a la accionada, la reliquidación de la pensión vitalicia, para lo cual se deberán tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante del periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 1992 al 15 de septiembre de 1993, ii) que se ordene el pago retroactivo pensional que se cause de forma indexada.



1.2. HECHOS

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

- Se aducen en los hechos de la demanda que, el señor ENRIQUE IRIARTE CARVAJAL, laboró en el Fondo Nacional de Caminos Vecinales por más de veinte años, por lo cual solicitó y obtuvo la pensión de jubilación ante CAJANAL mediante Resolución No. 012570 del 2 de diciembre de 1994, efectiva a partir del 16 de septiembre de 1993.
- Que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de Topógrafo Código 4105 GRADO 08 del 27 de julio de 1963 al 15 de septiembre de 1993.
- Que al demandante le fue reconocida su pensión de jubilación sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, esto es, desde el 15 de septiembre de 1992 hasta el 15 de septiembre de 1993; en consecuencia debe reliquidarse la misma a partir de la fecha de retiro del servicio.
- Que el demandante agotó vía gubernativa, a través de la presentación de petición ante la UGPP, el día 05 de febrero de 2015, radicado bajo el número 2015-514-025554-02, el cual fue resuelta por la accionada en forma negativa mediante la Resolución No. RDP 021756 del 28 de mayo de 2015.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política, artículos 1º, 2º, 25, 29, 48, 53 y 373.
- Ley 1437 de 2011
- Decreto 1042, artículos 42 y 45.
- Decreto 1045 de 1975, artículo 45.
- Decreto 1158 de 1994
- Ley 33 de 1985, artículos 1º y 3º.
- Ley 62 de 1985, artículo 1º.
- Ley 100 de 1993, artículo 36.

Se aduce en el concepto de violación que el demandante es beneficiario del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, en su integridad.





13-001-33-33-002-2015-00556-01

Que la demandada, desconoce las disposiciones acusadas puesto que solo aplica los requisitos de tiempo de servicio y edad para adquirir el derecho pensional, pero no tiene en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año anterior al adquirir el status pensional, aplicando parcialmente la Ley 33 de 1985, pues toma de la Ley 100 de 1993, los parámetros para liquidar la pensión y los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

Que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha señalado que los factores salariales señalados en la Ley 33 y 62 de 1985, no son taxativos, sino enunciativos, razón por la cual no impide la entrada de otros factores salariales como base para la liquidación de la pensión de jubilación del empleado público; aduciendo la parte actora que, la jurisprudencia apoya su criterio en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

Así las cosas, concluye que la pensión del actor debe ser reliquidada con la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

2. SENTENCIA APELADA (Fl. 69-72)

Mediante sentencia oral de fecha 11 de septiembre de 2017, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A quo que el señor ENRIQUE IRIARTE CARVAJAL reúne los requisitos para que le sea aplicable el régimen pensión anterior a la Ley 100 de 1993, lo que conforme a la interpretaciones jurisprudenciales que ha hecho el Consejo de Estado involucra que se tomen como norma aplicable en orden a determinar el valor de la pensión de jubilación, esto es, la Ley 33 de 1985, que establece que la pensión se liquidara tomando en cuenta el 75% de todos los factores salariales percibidos por el demandante durante el último año de servicio, por lo que ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, teniendo en cuenta el 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos por el demandante durante el último año de servicios, esto es, del 15 de septiembre de 1993 al 15 de septiembre de 1994, por otro lado declaro la prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 2 de febrero de 2012.

3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA



13-001-33-33-002-2015-00556-01

Mediante providencia de fecha 5 de julio de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 31 de agosto de 201 (f. 8 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1. PARTE DEMANDANTE

No presento alegatos de conclusión.

5.2 PARTE DEMANDADA (fs. 11-15)

El apoderado judicial de la accionada aduce que el apoderado de la parte demandante no indica el régimen jurídico que demanda por lo cual no debe indicarse cual régimen está quebrantando las resoluciones demandadas, razón por la cual el cargo de nulidad no está llamado a prosperar, por otro lado manifiesta que en la Resolución No. 12570 de 02 de diciembre de 1994 se le incluyeron la totalidad de los factores devengados y certificados.

De igual manera manifiesta que para interrumpir la prescripción no basta con la presentación de los reclamos escritos con el derecho pretendido, sino que el mismo debe estar debidamente determinado, lo que implica que los mencionados reclamos se aporten como mínimo, los hechos y las pruebas sobre los que se sustenta el mencionado derecho.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió 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 Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social -UGPP-, reliquide 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 revocará la sentencia apelada, toda vez que el demande si bien adquirió su status pensional en vigencia de la Ley 33 de 1985, no acreditó que los factores salariales alegados hayan sido, toda vez que solo se mencionan los factores "devengados", razón por la cual no es posible para la Sala determinar cuáles de los anteriores fueron cotizados por el actor, toda vez que el accionante no acreditó que haya realizado cotización o aportes respecto de los mismos.

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

¹ Sentencia T-039 de 2017



13-001-33-33-002-2015-00556-01

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.

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;

² Sentencia T-013 de 2011.

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



13-001-33-33-002-2015-00556-01

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 compartan problemas jurídicos y, las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política"*⁷.

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

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

⁷ Sentencia T-233 de 2017.

⁸ Ibídem





13-001-33-33-002-2015-00556-01

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 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.

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.

⁹ T-410 de 2014.



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 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 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

¹⁰ Exp. 2013-01541 (4683-2013).



13-001-33-33-002-2015-00556-01

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 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:

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





13-001-33-33-002-2015-00556-01

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 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





13-001-33-33-002-2015-00556-01

derecho fuere inferior a este lapso, o en todo el tiempo cotizado si el tiempo faltante fuere superior.

4.4 Ley 33 de 1985.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985**, cuyo artículo 1º dispone:

"ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"

El artículo 3º ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.



13-001-33-33-002-2015-00556-01

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcularlos aportes".

5. ARGUMENTACIÓN FÁCTICA-PROBATORIA

5.1 Hechos probados

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

1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente que el señor ENRIQUE IRIARTE CARVAJAL, laboró en el Fondo Nacional de Caminos Vecinales desde el 27 de julio de 1963 al 15 de septiembre de 1993. (Fl. 19)

1.2. Que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de Topógrafo Código 4105 GRADO 08 del 27 de julio de 1963 al 15 de septiembre de 1993. (Fl. 19)

1.3 Mediante Resolución No. 012570 del 2 de diciembre de 1994 CAJANAL reconoció pensión de jubilación al señor IRIARTE CARVAJAL efectiva a partir del 16 de septiembre de 1993. (Fl. 17-18)

1.3 Que el demandante agotó vía gubernativa, a través de la presentación de petición ante la UGPP, el día 05 de febrero de 2015, radicado bajo el número 2015-514-025554-02, el cual fue resuelta por la accionada en forma negativa mediante la Resolución No. RDP 021756 del 28 de mayo de 2015. (Fl. 21-29)

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*, el extinto CAJANAL, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez al demandante, mediante Resolución No. 012570 del 2 de diciembre de 1994, expedida por la extinta CAJANAL, en cuantía de \$129.627. (Fs. 17-18)

Así mismo, se tiene que el demandante, a través de petición radicada en el extinto CAJANAL, el día 5 de febrero de 2015, bajo el número 2015-514-025554-2 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;



13-001-33-33-002-2015-00556-01

petición que no fue contestada por la demandada, configurándose el acto ficto o presunto demandado en el presente asunto.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrimado al expediente, se tiene que el ENRIQUE IRIARTE CARVAJAL es beneficiario del régimen previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en la medida en que para la fecha en que entró a regir esta ley – 1º de Abril de 1994-, adquirió su status pensional con anterioridad a la mima, esto es el 9 de octubre de 1989, cumpliendo con los requisitos de la edad (55 años) y el tiempo de servicios, (20 años) el 9 de octubre de 1989, antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993; no siendo por tanto admisibles los argumentos expuestos por la entidad demandada.

En esa medida, concluye la Sala que, la entidad accionada debe liquidar la pensión del accionante en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo los factores devengados este último año.

En el sub judice, se acreditó que el demandante adquirió su estatus jurídico de pensionado el día 9 de octubre de 1989, tal y como se indica en el acto administrativo de reconocimiento pensional – Resolución No. 012570 del 2 de diciembre de 1994; así mismo, se acreditó que el peticionario fue retirado del servicio el 15 de septiembre de 1993. (F. 17-18).

De otro lado, se encuentra acreditado con el certificado expedido por el Ministerio de Transporte, de fecha veintitrés (23) de abril de dos mil catorce (2014)(Fl. 20), que el demandante en último año de servicio, comprendido entre el 15 de septiembre de 1992 al 15 de septiembre de 1993, devengó los siguientes factores salariales: (i) asignación básica, (ii) auxilio de alimentación, (iii) prima de antigüedad, (iv) bonificación por servicios, (v) prima de vacaciones, (vi) prima de servicios, (vi) prima de navidad; sin embargo al momento del reconocimiento pensional y reliquidación del mismo, solo se tuvo en cuenta la asignación básica (Fl. 17 reverso)

No obstante, en dicha certificación no se encuentra acreditado que los factores salariales alegados hayan sido cotizados por el señor ENRIQUE IRIARTE CARVAJAL, toda vez que solo se mencionan los factores "devengados", razón por la cual no es posible para la Sala determinar cuáles de los anteriores fueron





13-001-33-33-002-2015-00556-01

cotizados por el actor, toda vez que el accionante no acreditó que haya realizado cotización o aportes respecto de los mismos.

En este sentido, precisa la Sala que, disiente del A quo por cuanto ordenó reliquidar la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores devengados y, señaló como periodo para determinar el IBL, el último año de servicios, lo cual es contrario a los criterios establecidos por la Corte Constitucional, los cuales adopta y prohija esta Sala de Decisión. En este sentido, se revocará el fallo apelado de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

5.3. Condena en costas

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

No obstante que en el presente caso la parte demandante resulta vencida en esta instancia, la Sala no le impondrá condena en costas, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que sostenía este Tribunal con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respaldaba las pretensiones; de modo que el demandante actuó bajo el convencimiento de que sus pretensiones podrían ser prósperas.

Dado que la falta de prosperidad de la demanda se produjo con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo condenar al demandante en costas.

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: REVOCAR la Sentencia Oral de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2015), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido por el señor ENRIQUE IRIARTE CARVAJAL contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y



13-001-33-33-002-2015-00556-01

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: NO CONDENAR en costas a la parte demandante.

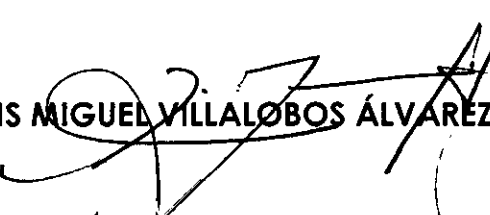
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

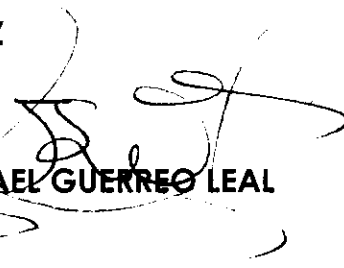
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL