

13-001-33-33-006-2015-00211-01

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

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2015-00211-01
Demandante	MARIA GAVIRIA MARTINEZ
Demandado	COLPENSIONES
Tema	Reconocimiento pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio –IBL.
Magistrado Ponente	LUIS 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 trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron 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 i) que se ordene a la entidad accionada COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la diferencia porcentual existente entre el 75% que se le reconoció mediante la Resolución No. 65209 del 28 de marzo de 2008, y el 90% que pretende; ii) que se le reajuste la pensión vitalicia; iii) que se pague del retroactivo que se cause; y se actualice la base de liquidación-IBL incluyendo todos los factores salariales devengados.

1.2. HECHOS

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



13-001-33-33-006-2015-00211-01

- La señora MARÍA DEL CARMEN GAVIRIA MARTINEZ, prestó sus servicios personales a varias entidades del orden público y privado, cotizando siempre para efectos de su pensión con el extinto Instituto de los Seguros Sociales.
- El ISS, mediante Resolución No. 05209 del 28 de marzo de 2008, reconoció la pensión de vejez a la accionante; frente a la resolución anterior la accionante presentó reclamación la cual hasta la fecha no ha sido resuelta.
- Posteriormente, mediante Resolución No. 014785 del 22 de julio de 2009 se incluyó a la accionante en la nómina de prestación económica desde el día 6 de abril de 2009, y certificó que la accionante cotizó 1.652 semanas, es decir, mas de 1.250 semanas razón por la cual a su juicio procede el reconocimiento del 90% como valor de la mesada pensional de la señora GAVIRIA MARTINEZ.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los 20, 23, 75, 77 del Código de Procedimiento Civil.

La demandante afirma el régimen legal aplicable en el sub examine es el Decreto 758 de 1990, toda vez que en la resolución No. 670 del 3 de octubre de 2007, por medio del cual se le reconoce el derecho pensional a la accionante, toda vez que la accionada reconoce tácitamente que en la señora María Gaviria Martínez es beneficiaria del Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, razón por la cual no era procedente la Ley 33 de 1985 como lo establece la Resolución No. 670 del 3 de octubre de 2007 sino la legislación que más le favoreciera a sus intereses, teniendo en cuenta para ello el artículo 53 de la Constitución Política

Señala que el Decreto 0758 de 1990 establece en su artículo 12, literal b "*Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.*" De igual manera manifiesta que si se sobrepasa el numero de 1.000 semanas cotizadas, tendrá derecho a un adicional de 3% por cada 50 semanas adicionales, hasta el extremo de que aquellos cotizantes que sobrepasen las 1.2050 semanas tendrán derecho al 90% de liquidación como porcentaje para el reconocimiento se la mesada pensional (artículo 20 capitulo II "Pensión de vejez")





13-001-33-33-006-2015-00211-01

Que en el sub examine la actora cotizó un total de 1.421 semanas por lo que es acreedora el 90% de liquidación como porcentaje para el reconocimiento se la mesada pensional.

Así mismo también afirma que se debe dar aplicabilidad a lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 en lo concerniente a tener en cuenta el promedio de lo devengado durante los diez (10) últimos años de servicios prestados.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 115-125)

Mediante sentencia de fecha 13 de julio de 2017, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A quo que la actora no tiene derecho a que se reliquide la pensión de que es beneficiaria en el porcentaje por ella solicitado y con inclusión de todos los factores salariales devengados en últimos diez (10) años de su actividad laboral toda vez que se tuvo en cuenta el 75% que establece el artículo 1 de la ley 33 de 1985, norma aplicable a la accionante por ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 30 de la ley 100 de 1993 y con relación al reajuste de la pensión con inclusión de todos los factores salariales, señala que al ser beneficiaria del régimen de transición tal y como se desprende de la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015 y reiterada en la sentencia S-427 de 2016, los factores salariales como parte del IBL no quedan sujetos a transición, sino a las reglas del régimen general de pensiones previstos en la Ley 100 de 1993, conforme a lo cual los factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente, tengan el carácter remunerativo del servicio sobre los cuales se hubiera realizado las cotizaciones respectivas, teniéndose que al haber sido reconocido la pensión de la demandante con arreglo a las anteriores previsiones, no hay lugar a reliquidación en los términos de la demanda.

3. LA APELACIÓN (fs. 129-131)

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se aduce que lo que se pretende en la demanda es obtener el reconocimiento al incremento del porcentaje tenido en cuenta por la entidad demandada en el momento del reconocimiento del derecho pensional, es decir obtener el 15% adicional al ya reconocido. Así mismo afirma que tiene derecho a que se reajuste el valor de la mesada pensional teniendo cuenta que la entidad acciona no incluyó





13-001-33-33-006-2015-00211-01

los factores salariales que fueron devengados por la actora en su actividad laboral.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 6 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 11 de julio de 2018 (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 dentro del presente asunto.

5.2 PARTE DEMANDADA (fs. 11-12)

El apoderado judicial de la accionada solicita que sea confirmada la sentencia en prima instancia en la cual se denegaron las pretensiones de la demandada toda vez que a su juicio la liquidación pensional que se demanda se realizó incluyendo los factores salariales que tenía derecho en su momento la accionante.

Señala que en la aplicación del Decreto 758 de 1990 cubre a las personas afiliadas al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones que efectúen cotizaciones con destino a pensión de manera exclusiva a dicha entidad.

Por lo anterior afirma que la demandante nació el 28 de marzo de 1950, y el 28 de marzo de 2005 acreditó 796.77 semanas, y hasta el 31 de julio de 2010 cuenta con 703.22 semanas cotizadas, razón por la cual no es procedente la aplicación del Decreto 758 de 1990, toda vez que señala que solo es posible tener en cuenta los tiempo cotizados a la entidad COLPENSIONES, y no los otros tiempo cotizados a otras entidades.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público en su concepto manifestó que según la posición reiterada de la H. Corte Constitucional, una cosa es el monto de la prestación bajo análisis y la otra el IBL o Ingreso Base de Liquidación, para luego concluir con





13-001-33-33-006-2015-00211-01

un criterio de unificación, que el primero, es decir el monto de la pensión quedó amparado por el régimen de transición, mientras que el IBL no.

Por lo anterior, si el monto de la pensión de jubilación si quedó comprendido dentro del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, razón por la cual, en el sub examine la demandante es beneficiaria del dicha transición, y debió aplicársele en cuanto al monto de la pensión, lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, es decir su prestación sería del 75% del Ingreso Base de Liquidación.

Así las cosas, para el Ministerio Publico no es de recibo que el accionante pretenda tomar lo que le beneficia del régimen de transición por ejemplo con respecto a la edad de jubilación, pero pretende que igualmente se le aplique el monto del 90% que señala el Decreto 758 de 1990 por resultarle más favorable.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Una vez analizada la demanda, la Sala encuentra que el problema jurídico central, se concreta en el siguiente cuestionamiento:





13-001-33-33-006-2015-00211-01

¿Si en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante los últimos diez (10) años de servicio?

En caso de ser afirmativo el problema jurídico planteado, se revocará la sentencia de primera instancia, en caso contrario se confirmará.

3. TESIS

La sentencia impugnada será confirmada por las razones expuestas en esta providencia, en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda en razón a que no es posible aplicarle a la demandante, el régimen contemplado en la el Decreto 758 de 1990 de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993.

4. ARGUMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

4. Marco normativo y jurisprudencial

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 sefenta 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) sin 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.





13-001-33-33-006-2015-00211-01

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.

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".

4.1 Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

"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. (...)"





13-001-33-33-006-2015-00211-01

El régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

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





13-001-33-33-006-2015-00211-01

de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, pero las demás condiciones para acceder al derecho pensional, serían las fijadas en la Ley 100 de 1993.

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

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

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

Con posterioridad, en la **SU-230 de 2015**, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela que pretendía proteger los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y al mínimo vital, frente a una 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 1º 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





13-001-33-33-006-2015-00211-01

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 2016¹ 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

¹ Exp. 2013-01541 (4683-2013).





13-001-33-33-006-2015-00211-01

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 2018², 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

² Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.





13-001-33-33-006-2015-00211-01

la posición adoptada por la Corte Constitucional, pero conservando algunos matices particulares, en dicho pronunciamiento señalo 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 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.





13-001-33-33-006-2015-00211-01

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. ARGUMENTACIÓN FÁCTICA-PROBATORIA

5.1 Hechos probados

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

5.1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente que, la señora MARÍA GAVIRIA MARTINEZ estuvo vinculada en calidad de empleado público como AUXILIAR ADMINISTRATIVO en la SECRETARIA DE HACIENDA DISTRITAL, desde el 21 de enero de 1974 hasta que fue retirada del servicio el 6 de abril de 2009 y adquirió su status pensional el 28 de julio de 2008(F. Fl. 11, CD. Resolución 21)

5.1.2. Que la señora MARÍA GAVIRIA MARTINEZ, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución No. 65209, expedida por el extinto ISS el 28 de marzo de 2008 sujeta a la demostración del retiro definitivo del servicio. Fl.11-12)

5.1.3. Mediante Resolución No. 014785 del 22 de julio de 2009 el ISS ingresa a la nómina de prestación económica por concepto de pensión de jubilación a la actora en virtud del Decreto 444 del 6 de abril de 2009, mediante el cual la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA, acepta renuncia a partir del 6 de abril de 2009. (Fl. 15-16)

5.1.4 Mediante Resolución No. 0009299 de fecha 11 de junio de 2010, la entidad accionada resolvió un recurso de reposición interpuesto por la señora María Gaviria Martinez, modificando las resoluciones No. 05209 del 28 de marzo de 2008 y la No. 014785 de 22 de julio de 2009, efectuando la reliquidación de la pensión manteniendo como porcentaje de reliquidación el 75% estipulado en la Ley 33 de 1985 como normatividad aplicable. (Fl. CD resolución 30-32)





13-001-33-33-006-2015-00211-01

5.1.5. Mediante Resolución No. 2410 del 11 de agosto de 2010 el ISS resuelve recurso de apelación interpuesto por la actora, en el cual se confirma la decisión adoptada en la resolución No. 05206 del 28 de marzo de 2008, modificad por la Resolución No. 014785 del 22 de julio de 2009. (Fl. CD resolución 36-36)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrimado al expediente, se tiene que a la señora MARÍA GAVIRIA MARTINEZ 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 uno de los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo; lo que significa que, para el reconocimiento de su pensión, se aplican las reglas de la Ley 33 de 1985.

En esa medida, concluye la Sala que, la entidad accionada para liquidar la pensión de vejez del demandante, debió tener en cuenta los factores salariales cotizados por ésta durante el periodo por el cual se estableció el IBL, en un promedio del 75%, los cuales se encuentran establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Por lo anterior, y atendiendo específicamente a lo expuesto en la sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU 395 de 2017, y la Sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado, al encontrarse sujeta la situación pensional del actor, al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello exclusivamente le da derecho a beneficiarse de los elementos previstos en la Ley anterior, atinentes a: i) edad para acceder a la pensión de vejez, ii) tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y iii) monto de la pensión de vejez (tasa de reemplazo), pero entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación – IBL -, componente este último para el cual debe seguirse inexorablemente lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición.

Así las cosas, no es posible aplicarle a la demandante, los beneficios contemplados en el Decreto 758 de 1990 y a su vez adquirir su reconocimiento pensional a través de la Ley 100 de 1993, como es su pretensión, sino que, debe





13-001-33-33-006-2015-00211-01

aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada, toda vez que si se llegare aplicar el Decreto 758 de 1990 vulneraría el principio de inescindibilidad de la ley el cual no permite tomar disposiciones de dos estatutos diferentes.

Ahora bien, para realizar la liquidación pensional en virtud del régimen de transición, si al beneficiario le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o 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.

En el sub judge, se acreditó que la demandante adquirió su estatus jurídico de pensionado el día 28 de julio de 2005, por haber cumplido los veinte (20) años de servicios el 21 de enero de 1994, y los cincuenta y cinco (55) años de edad de que trata la norma el día 28 de julio de 2005, asimismo se acreditó que la peticionaria fue retirada del servicio el 6 de abril de 2009. (F. 18).

En virtud de lo anterior, la Sala disiente de la posición adoptada por el A quo en el sentido de indicar que a la demandante le faltaban más de diez (10) años para para adquirir su derecho pensional con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; y no menos de diez (10) años como se señaló en la sentencia proferida en primera instancia, por lo que la entidad demandada debió liquidar la pensión de jubilación de la señora MARÍA GAVIRIA MARTINEZ, con base en lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 33 de 1985, a partir del 28 de julio de 2005, fecha en que adquirió el status de pensionado, teniendo como base de liquidación los factores salariales cotizados durante los diez (10) últimos años de servicio, esto es del 6 de abril de 2000 al 6 de abril de 2009.

De otro lado, se encuentra acreditado con el certificado expedido la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO de fecha tres (03) de marzo de 2015, que a la demandante en los últimos diez (10) años servicio, comprendidos entre el año 2000 y 2009, devengó los siguientes factores salariales: (i) asignación básica, (ii) bonificación por servicios, (iii) bonificación especial por recreación, (iv) prima de vacaciones; (vi) prima de navidad y; (viii) auxilio de transporte; (x) subsidio de alimentación(f. 53 reverso); de los cuales





13-001-33-33-006-2015-00211-01

solo se encuentran el Decreto 1158 de 1994 a) La asignación básica mensual;
b) La bonificación por servicios prestados.

No obstante, en dicha certificación no se encuentra acreditado que los factores salariales alegados hayan sido cotizados por la señora MARIA GAVIRIA MARTINEZ, toda vez que solo se mencionan los factores "devengados", razón por la cual no es posible para la Sala determinar cuáles de los anteriores factores fueron cotizados por la actora, toda vez que la accionante no acreditó que haya realizado cotización o aportes respecto de los mismos.

En este sentido, se confirmará el fallo apelado de fecha trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en esta providencia,

6. 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: CONFIRMAR la sentencia de fecha trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del





13-001-33-33-006-2015-00211-01

derecho ejercido por la señora MARIA GAVIRIA MARTINEZ, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte demandante.

TERCERO: 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.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

