



13-001-33-33-007-2014-00085-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2014-00085-01
Demandante	ARMANDO ARROYO CASTRO
Demandado	FONDO PASIVO SOCIAL DEL FERROCARRILES NACIONALES
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 veintitrés (23) de septiembre de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Séptimo 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 parcial del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 1274 del 12 de julio de 2005 expedida por el extinto INCORA mediante la cual se reconoció pensión de jubilación y nulidad parcial de la Resolución No. 01802 del 30 de octubre de 2006, mediante el cual se re liquidó parcialmente la pensión de jubilación del señor ARMANDO ARROYO CASTRO.

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, en el sentido de reconocer una nueva mesada pensional equivalente al 75%





13-001-33-33-007-2014-00085-01

del promedio de lo devengado por todo concepto salarial durante el último año de servicios prestado al extinto INCORA comprendido entre el 1º de agosto de 2004 y el 30 de julio de 2005 ii) que se ordene el pago de las diferencias de mesadas pensionales que resulten de la reliquidación solicitada, con base en el Índice de Precios del Consumidor.

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 ARMANDO ARROYO CASTRO, laboró en el INSTITUTO DE LA REFORMA AGRARIA desde el 9 de octubre de 1973 hasta el 30 de julio de 2005, por lo cual solicitó y obtuvo la pensión de jubilación ante el INCORA mediante Resolución No. 1274 del 12 de julio de 2005, efectiva a partir del 1 de agosto de 2005.
- Que el último cargo desempeñado por el demandante fue el Profesional Especializado Grado 19, en la Regional Bolívar con sede en la Ciudad de Cartagena.
- Que mediante Resolución No. 01802 del 30 de octubre de 2006 el extinto INCORA en Liquidación reliquidó parcialmente la pensión de jubilación del accionante a la suma de \$1.891.131.
- Que la pensión de jubilación del accionante fue liquidada con base en el promedio de los factores cotizados previstos en el Decreto 1158 de 1994, devengados en los últimos 10 años de vinculación al INCORA.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- Decreto 1045 de 1975, artículo 45.
- Ley 33 de 1985, artículo 1º.
- Ley 100 de 1993, artículo 11, 36 y 288.

Se aduce en el concepto de violación que el extinto INCORA determinó el monto de la pensión de jubilación del accionante con el promedio de la asignación básica y bonificación por servicios prestados, pagadas por el Liquidado INCORA en los 10 últimos años de servicio, modalidad de liquidación que se utiliza para los



13-001-33-33-007-2014-00085-01

trabajadores del sector privado y para los trabajadores que no son beneficiarios del régimen de transición.

Que el accionante, al ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, tiene derecho a que se le liquide su pensión de jubilación con el promedio de lo devengado por todo concepto, durante el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2004 y el 30 de julio de 2005.

El extinto INCORA en Liquidación en la parte considerativa de la resolución de reconocimiento, afirma que la pensión de jubilación del accionante le fue liquidada con arreglo al inciso 3 del Artículo 36 de la ley 10 de 1993, por lo que a juicio del demandante la entidad accionada no tomo en cuenta la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicios.

2. SENTENCIA APELADA (Fl. 94-97)

Mediante sentencia oral de fecha 23 de septiembre de 2014, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder las pretensiones de la demanda.

Ordenó a la entidad demandada a re liquidar la pensión de jubilación del señor ARMANDO ARROYO CASTRO incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, específicamente: PRIMA DE ANTIGÜEDAD, ADICIÓN AL SUELDO, ADICIÓN PRIMA DE ANTIGÜEDAD, ADICIÓN PRIMA DE JUNIO, ADICIÓN BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, PRIMA DE VACACIONES, BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN. Así mismo, ordenó el pago de las diferencias causadas que no hayan sido afectadas por la prescripción trienal de los derechos laborales, previa su deducción de los aportes.

3. DE LA APELACIÓN

La entidad accionada aduce en su escrito de apelación que al señor ARMANDO ARROYO CASTRO le fue reconocida pensión de jubilación por el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA-INCORA, mediante Resolución 01274 del 12 de julio de 2005, razón por la cual las normas aplicables al caso concreto son la ley 33 de 1985, 100 de 1993, 797 de 2003 y Decreto reglamentario 2527 de 2000.



13-001-33-33-007-2014-00085-01

Manifiesta que el accionante presto sus servicios al INCORA desde el 9 de octubre de 1973 desempeñando el cargo de Profesional Especializado Grado 19, y nació el 14 d abril de 1950.

Que las sumas pagadas por los conceptos dentro del periodo comprendido anteriormente, determinan un salario mensual promedio de \$2.511.941., el cual se tomó como base para aplicarle el porcentaje legal del 75% de donde resulta que la cuantía mensual de dicha pensión de jubilación es \$1.883.955.

3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 30 de abril de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 3 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 12 de mayo de 2015 (f. 6 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 (fs. 23-26)

El apoderado judicial de la parte accionante manifiesta que debe ser confirmada la sentencia impugnada y ratifica los argumentos expuesto en la presentación de la demanda.

5.2 PARTE DEMANDADA (fs. 8-22)

El apoderado judicial de la accionada aduce que el accionante no agotó la vía gubernativa, razón por la cual aduce manifiesta que no está llamada a responder por la liquidación que no ha sido solicitada, toda vez que la administración no ha tenido la oportunidad de verificar la inclusión de los factores salariales que acreditan con el nuevo certficad de tiempo.

Señala que la fecha de adquisición del status pensional es la que permite determinar el régimen aplicable, que para el actor seria la Ley 100 de 1993 pero dentro del régimen de transición, el cual en su artículo 36 se establece la forma de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición. De la interpretación taxativa del artículo 36 se desprende la posición del legislador en respetar los derechos adquiridos, y era que no obstante están en una unificación del sistema pensional, buscaba beneficiar a los afiliados que le faltare menos



13-001-33-33-007-2014-00085-01

de 10 años para pensionarse a los cuales se les liquida con el promedio del tiempo que les hiciera falta desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 hasta la fecha de adquisición de su derecho.

Afirma que en cuanto a los factores salariales que la entidad accionada tuvo en cuenta los factores sobre los cuales se hizo descuentos a pensión, ya que solo deben tenerse en cuenta aquellos factores establecidos en el artículo 1158 de 1994.

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:

i) Determinar si, ¿Es procedente que el INCORA hoy FONDO PASIVO SOCIAL FERROCARRILES NACIONALES, reliquide la pensión de jubilación del demandante, con base en el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985, tal y como lo pretende la parte demandante?





13-001-33-33-007-2014-00085-01

3. Tesis

La Sala revocará la sentencia impugnada al considerar que al demandante le correspondía probar que la entidad accionada se pronunció respecto de la reliquidación pensional con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios objeto de demanda, sin embargo no obra en el sub examine copia de la petición respectiva, dado que la petición resuelta mediante la Resolución No. 01802 del 30 de octubre de 2006 (Fl. 5-8), solo se solicitó lo concerniente a que se modificará la fecha de retiro, la cual manifestó el actor que la misma se produjo a partir del 1 de agosto de 2005, y no el 30 de mayo de 2005.

Por lo tanto el actor no cumplió con el agotamiento de la sede administrativa respecto de esta pretensión, lo que conducirá a que la Sala se inhíba de conocer sobre el particular por no haber cumplido las exigencias propias del privilegio de la decisión previa, por lo que la Sala revocará la sentencia impugnada y en consecuencia se inhíbe para emitir un pronunciamiento de fondo.

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 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.



13-001-33-33-007-2014-00085-01

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. (...)"





13-001-33-33-007-2014-00085-01

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



13-001-33-33-007-2014-00085-01

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 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



13-001-33-33-007-2014-00085-01

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 resolutoria 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).

33



13-001-33-33-007-2014-00085-01

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 profuberante 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.





13-001-33-33-007-2014-00085-01

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.

34



13-001-33-33-007-2014-00085-01

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

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

1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente que el señor ARMANDO ARROYO CASTRO, laboró en el INSTITUTO COLOMBIANO DE REFORMA AGRARIA desde el 9 de octubre de 1973 hasta el 30 de julio de 2005. (Fl. 2-8)

1.2. Que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de Profesional Especializado grado 19 (Fl. 19)

1.3 Mediante Resolución No. 12774 del 12 de julio el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA reconoció pensión de jubilación al señor ARMANDO ARROYO CASTRO efectiva a partir de la fecha en que se demuestre el retiro definitivo del servicio oficial. (Fl. 3)

1.3 Que el demandante solicitó a la entidad accionada que se tenga en cuenta que la fecha del retiro del servicio se produjo, a partir del 1 de agosto de 2005, y no el 30 de mayo de 2006, la cual fue resuelta mediante resolución No. 01802 del 30 de octubre de 2006. (Fl. 5-8)

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

En el *sub judice*, se solicita la nulidad de la Resolución No. 1274 del 12 de julio de 2005 expedida por el extinto INCORA mediante la cual se reconoció pensión de jubilación y nulidad parcial de la Resolución No. 01802 del 30 de octubre de 2006, mediante el cual se reliquidó parcialmente la pensión de jubilación del señor ARMANDO ARROYO CASTRO.





13-001-33-33-007-2014-00085-01

Así mismo, solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación en el sentido de reconocer una nueva mesada pensional equivalente al 75% del promedio de lo devengado por todo el concepto salarial durante el último año de servicio prestado comprendido entre el 1 de agosto de 2004 al 30 de julio de 2005, y en cuanto a los factores salariales, solicita los siguientes: *"sueldos, sueldo de vacaciones, adiciones de sueldos, sueldo durante la incapacidad, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima semestral de servicios, prima de diciembre o de navidad, prima de vacaciones, bonificación quinquenal, bonificación por recreación, auxilio de localización, auxilio de movilización, subsidio de alimentación, tiempo suplementario y viáticos."*

Ahora bien, revisado el expediente advierte la Sala que, en el *sub examine*, el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA- INCORA- en Liquidación, a través de la Resolución No. 01802 del 30 de octubre de 2006 resolvió petición realizada por el accionante en la que solicitó que se tenga en cuenta que la fecha de retiro se produjo a partir del 1 de agosto de 2005, y no el 30 de mayo de 2005, a lo cual resolvió la entidad accionada modificando el numeral primero de la Resolución No. 01274 del 12 de julio de 2005 en el sentido de reconocer y ordenar pagar al señor ARMANDO ARROYO CASTRO, pensión de jubilación mensual vitalicia en cuantía de \$1.891.131 suma que será cancelada a partir de la fecha que se demuestre el retiro; de tal manera que se reliquidó la pensión de jubilación del accionante pero en cuanto al periodo de liquidación.

No obstante, advierte la Sala que el demandante no solicitó en sede gubernativa, la reliquidación pensional con inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios, como lo establece en la presentación de la demanda, razón por la cual se abstendrá la Sala de emitir pronunciamiento de fondo respecto a dicha pretensión de incluir todos los factores salariales devengados.

Al respecto, ha precisado el Consejo de Estado lo siguiente:

"Corresponde al actor reclamar en la vía gubernativa las pretensiones que pretende hacer valer ante la instancia judicial. Así lo manda el privilegio de la decisión previa conforme al cual, por regla general, la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez. La reclamación previa, que se opone al derecho de citación directa que tienen los demandantes en los procesos civiles, constituye un privilegio por cuanto le permite a la administración volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o



13-001-33-33-007-2014-00085-01

resiste; y para el administrado también puede resultar ventajosa ya que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito."

Conforme lo expuesto, al demandante le correspondía probar que la entidad accionada se pronunció respecto de la reliquidación pensional con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios objeto de demanda, sin embargo no obra en el sub examine copia de la petición respectiva, dado que la petición resuelta mediante la Resolución No. 01802 del 30 de octubre de 2006 (Fl. 5-8), solo se solicitó lo concerniente a que se modificará la fecha de retiro, la cual manifestó el actor que la misma se produjo a partir del 1 de agosto de 2005, y no el 30 de mayo de 2005.

Por lo tanto el actor no cumplió con el agotamiento de la sede administrativa respecto de esta pretensión, lo que conducirá a que la Sala se inhiba de conocer sobre el particular por no haber cumplido las exigencias propias del privilegio de la decisión previa, por lo que la Sala revocará la sentencia impugnada y en consecuencia se inhibe para emitir un pronunciamiento de fondo.

6. Condena en Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, no se condenará en consta en esta instancia debido a que le fue parcialmente favorable el recurso.

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: DECLARAR PROBADA la EXCEPCIÓN DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA dentro del presente asunto, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.





13-001-33-33-007-2014-00085-01

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de fecha veintitrés (23) de septiembre de dos mil catorce (2014) proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia adelantado por el señor ARMANDO ARROYO CASTRO, y en consecuencia, la Sala se **INHIBE** para emitir pronunciamiento de fondo sobre la pretensión de reliquidación pensional con inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte demandada.

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

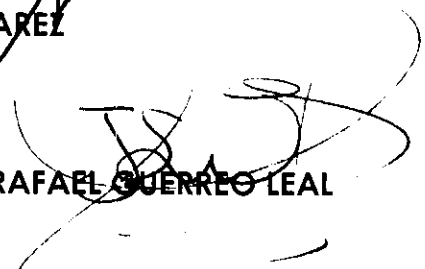
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL