



13-001-33-33-008-2016-00077-01

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	13-001-33-33-008-2016-00077-01
Demandante	DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS
Demandado	SENA - COLPENSIONES
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	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 de fecha dieciséis (16) de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Octavo 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 declare la nulidad de la Resolución No. 03631 del 27 de noviembre de 2009 expedida por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, por medio del cual se le reconoce pensión de jubilación de la accionante en cuantía de \$2.020.888; nulidad parcial de la Resolución No. 03419 de fecha 23 de noviembre de 2010, mediante el cual se reliquida la pensión de jubilación de la actora en cuantía de \$2.034.021 y declararon la perdida de ejecutoria de la Resolución No. 03631 de 27 de noviembre de 2009; nulidad del acto administrativo No. 2-2016—002752 de fecha 31 de marzo de 2016 por medio del cual le niegan la actora indexación de la primera mesada y la reliquidación de la pensión.

En consecuencia de lo anterior solicita i) ordenar a la entidad accionada la reliquidación de la pensión de la actora, teniendo en cuenta el 75% del salario





13-001-33-33-008-2016-00077-01

promedio de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo como factores salariales además de la asignación básica los siguientes: prima de navidad, prima de junio y diciembre, gastos de transporte, vacaciones, viáticos, auxilio de manutención, incremento por antigüedad, prima de vacaciones y bonificación por servicios y cualquier otro emolumento recibido como contraprestación de sus servicios.

1.2. HECHOS

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

- La señora DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS, presto sus servicios personales al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE desempeñando el cargo de Instructora hasta el 31 de agosto de 2009.
- Mediante Resolución No. 03631 de fecha 27 de noviembre de 2009, la Secretaria General del Servicio Nacional de Aprendizaje, le reconoció pensión de jubilación a la señora DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS, posteriormente mediante Resolución No. 03419 de fecha 23 de noviembre de 2010 se reliquidó dicha pensión.
- El 8 de marzo de 2016, la parte demandante presentó solicitud de reliquidación de la pensión la cual fue resuelta en forma negativa mediante acto administrativo No. 2-2016-002752 del 31 de marzo de 2016.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 2, 29, 48, 49, 53, 58 y 230 de la Constitución Política, Ley 4 de 1992, 902 y 903 de 1969, 5464 de 1971, 1231 de 1973, 717 + 2726 de 1978 y Decretos reglamentarios 1726 de 1973 y 1660 de 1978.

Afirma el apoderado judicial de la parte demandante que la actora trabajo al servicio de una entidad pública, y que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, para los servidores públicos del orden nacional (1 de abril de 1994) la actora por edad y tiempo de servicio se hizo beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la mencionada ley, es decir que para adquirir su pensión de jubilación se debe aplicar la ley pensional anterior a la Ley 100 de 1993 la cual es la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad y el tiempo de servicios



13-001-33-33-008-2016-00077-01

para acceder a dicha prestación, por el ingreso base liquidación se determina con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto los preceptos legales antes mencionados resultan vulnerados por falta de aplicación por parte de la entidad demandada.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 247-253)

Mediante sentencia de fecha 16 de mayo de 2017, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A quo que la actora nació el 16 de septiembre de 1954, lo cual quiere decir que para el 1 de abril de 1994, contaba con 39 años de edad y laboró durante más de 17 años; siendo su último cargo el de Instructor grado 18 en el Centro de Comercio y Servicios de la Regional Bolívar- SENA, lo que significa que le es aplicable la Ley 100 de 1985, por lo que la reliquidación de la pensión debió efectuarse teniendo en cuenta el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Precisa que la entidad accionada no liquidó la pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales, por lo que declaró la nulidad de las resoluciones demandadas y ordenó a COLPENSIONES a liquidar la pensión con todos los factores salariales devengados con el promedio del último año de servicio y en un porcentaje de 75%: asignación mensual, sueldo de alimentación, bonificación, prima de servicio junio, prima de servicio diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones.

Por otro lado, en cuanto a prescripción de las mesadas pensionales señaló que al demandante se le reconoció pensión de vejez a partir del 27 de noviembre de 2009, es decir su derecho de reliquidación se hizo exigible a partir de esa fecha, sin embargo la actora presenta su reclamación el 08 de marzo de 2016, solicitando la reliquidación de la pensión de vejez, por lo que operó el fenómeno de la interrupción de prescripción de mesas a partir del 08 de marzo de 2013.

Así mismo, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva presentada por el SENA al considerar que dicha entidad no es la administradora de pensiones, sino COLPENSIONES, en la medida en que la misma considere que no se relajaron los aportes para la pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la señora DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS, la cual deberá hacer los cobros respectivos a dicha entidad.





3. LA APELACIÓN (fs. 256-257)

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada - COLPENSIONES se aduce que se debe absolver a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la misma se dirige contra el SENA ya que los hechos y las pretensiones son tendientes a la nulidad y reliquidación de pensión de vejez reconocida por dicha entidad, conforme a la Ley 33 de 1985.

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 30 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 presentó alegatos de conclusión.

5.2 PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES (fs. 12-14)

El apoderado judicial de la accionada manifiesta se debe absolver a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la misma se dirige contra el SENA y ratifica los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.3 PARTE DEMANDADA- SENA (fs. 15-22)

El apoderado judicial de la accionada manifiesta que se debe negar las pretensiones de la demanda toda vez que no es consonante las pretensiones de la presente acción con el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional C-258/2013, SU-230/2015, SU-210, SU-395 y SU-631/2017, toda vez que el SENA LIQUIDO la pensión del demandante en los términos del inciso segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.



6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto dentro del presente asunto.

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:

¿ Si la demandantes es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y si en aplicación del mismo tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75 % de todo lo devengado durante el último año de servicios?

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

3. TESIS

La sentencia impugnada será revocada, en consideración a que en el sub judice se acreditó que la demandante es beneficiaria del Régimen de





13-001-33-33-008-2016-00077-01

Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia le asiste derecho a que se le aplique la Ley 33 de 1985, pero solo respecto a la i) edad, ii) tiempo de servicio y, iii) tasa de reemplazo; sin embargo, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se debe determinar conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con fundamento en el régimen anterior.

4. ARGUMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

4.1. La seguridad Social como derecho fundamental

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido¹ desde dos perspectivas constitucionales, de una parte, como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y por otro lado, como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos.

También se ha señalado que de este derecho se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada².

Bajo esta perspectiva, la garantía y goce de la pensión, como derecho fundamental integral de la seguridad social, debe ser estudiado y aplicado desde una perspectiva constitucional, bajo los principios de universalidad y solidaridad, a la luz de la e interpretación constitucional.

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.

¹ Sentencia T-039 de 2017

² sentencia T-013 de 2011.

³ Artículo 241 Constitución Política de Colombia.

⁴ Sentencia T-018 de 2018





En la sentencia SU-354 de 2017, la Corte Constitucional manifestó que la interpretación de la Constitución tiene como propósito principal orientar el ordenamiento jurídico hacia los valores y principios Constitucionales, por lo que no reconocer el alcance vinculante de los fallos, genera en nuestro ordenamiento jurídico falta de coherencia y contradicciones entre la normatividad y la Carta.

Así pues la máxima autoridad constitucional ha señalado que en los fallos de constitucionalidad, su carácter obligatorio se desprende de los efectos *erga omnes*, así como de la cosa juzgada constitucional de que están revestidos⁵; por ello, se ha precisado que las razones o motivos de la decisión de las sentencias de juicio abstracto contienen la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados, y por tal razón, deben ser atendidas por las autoridades judiciales, para que la aplicación del derecho sea conforme a la Carta Política⁶.

En torno a los fallos de revisión de tutela, se ha referido que el respeto de su *ratio decidendi*, logra la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y la confianza legítima. Igualmente, se ha destacado que cuando se trata de sentencias de unificación y de control abstracto de constitucionalidad, basta un pronunciamiento para que exista un precedente, lo anterior debido a que *"las primeras, unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y 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*

⁵ Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

⁶ Sentencia T-410 de 2014

⁷ Sentencia T-233 de 2017.





13-001-33-33-008-2016-00077-01

debido proceso, sino que también vulnera el principio de supremacía constitucional.⁸"

De conformidad con lo expuesto, el precedente Constitucional debe ocupar un lugar privilegiado en el análisis del caso por parte del juez de la causa, pues de lo contrario, se quebrantan los principios Constitucionales de la igualdad y la supremacía de la Carta Política, y es que para quienes administran justicia, respetar la jurisprudencia de la máxima corporación constitucional es un deber, especialmente, porque es a través de la función jurisdiccional de la Corte Constitucional que se garantiza la eficacia de los derechos constitucionales a los asociados⁹.

4.3. Posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en Materia de liquidación 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

⁸ Ibídem

⁹ T-410 de 2014.





13-001-33-33-008-2016-00077-01

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.

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



13-001-33-33-008-2016-00077-01

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 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 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

¹⁰ Exp. 2013-01541 (4683-2013).





13-001-33-33-008-2016-00077-01

liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso. Mantiene el Consejo de Estado las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, así:

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".

3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015. En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.»





13-001-33-33-008-2016-00077-01

Ahora bien, en reciente pronunciamiento del 28 de agosto de 2018¹¹, la Sala Plena del Consejo de Estado modifico 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 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

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



13-001-33-33-008-2016-00077-01

previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no puede calcularse conforme al IBL estipulado en la legislación anterior, sino al previsto en el inciso tercero de la referida norma, regla que fijó en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la sentencia SU-230 de 2015.

En este orden se tiene que los beneficiarios del régimen de transición pensional, en cuanto al IBL para su liquidación se debe efectuar con base en lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y conforme al artículo 21 de esta norma, sobre los factores efectivamente cotizados y de acuerdo a lo contemplado en el decreto reglamentario 1158 de 1994, y teniendo en cuenta los diez últimos años de servicios si el tiempo faltante para adquirir el derecho fuere inferior a este lapso, o en todo el tiempo cotizado si el tiempo faltante fuere superior.

5. 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 DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS nació el 16 de septiembre de 1954, estuvo vinculada al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- del 1 de agosto de 1977 al 31 de agosto de 2009, y cumplió su status pensional el 16 de septiembre de 2009. (Fl. 10)

5.1.2. Que la señora DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución No. 03631 del 27 de noviembre de 2009, expedida por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- (Fl.10-13) no obstante se declaró perdida de ejecutoria de la resolución anterior, y se reliquidó la pensión de jubilación de la accionante mediante la Resolución No. 03419 de 23 de noviembre de 2010 aduciendo que la accionante prestó sus servicios en el SENA hasta el 15 de diciembre de 2009. (Fl. 14-17)

5.1.3. El 8 de marzo de 2016 la accionante solicita que se reliquide la pensión de jubilación de la accionante a partir del 31 de agosto de 2009 en cuantía no inferior al 75% teniendo en cuenta al momento de la reliquidación todos lo





13-001-33-33-008-2016-00077-01

factores de salario devengados por la demandante durante el último año de servicio. (Fl. 19-21) petición que fue resuelta negativamente mediante el Oficio No. 1-2024 del 31 de marzo de 2016. (Fl. 23-24)

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 la señora DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS 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 y más de 15 años de servicio; cumpliendo así con 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 SENA para liquidar la pensión de vejez de la 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 de la actora, al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello exclusivamente le da derecho a beneficiarse de los elementos previstos en la Ley anterior, atinentes a: i) edad para acceder a la pensión de vejez, ii) tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y iii) monto de la pensión de vejez (tasa de reemplazo), pero entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación – IBL -, componente este último para el cual debe seguirse inexorablemente lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición.

Así las cosas, no es posible aplicarle a la demandante, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como es su pretensión, sino que, debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada, así como lo realizó la entidad accionada SENA en la resolución de reconocimiento pensional.





Precisa la Sala que disiente de la decisión adoptada por el A quo por cuanto ordenó reliquidar la pensión de la actora con inclusión de todos los factores salariales señalando como periodo para determinar el IBL, el último año de servicios, lo cual es contrario a los criterios establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, los cuales adopta y prohija esta Sala de Decisión, por lo que le asiste la razón a las entidades demandadas.

En este sentido, se revocará el fallo apelado de fecha dieciséis (16) de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, a través del cual se concedieron las pretensiones de la demanda y en consecuencia, se negarán las mismas.

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: REVOCAR la sentencia de fecha dieciséis (16) de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por la señora DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS, conforme a las razones expuestas en la presente providencia, en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.





13-001-33-33-008-2016-00077-01

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,

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL