



13-001-33-33-011-2015-00322-01

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.**

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-011-2015-00322-01
<b>Demandante</b>	LUISA BUSTAMANTE POSADA
<b>Demandado</b>	COLPENSIONES
<b>Tema</b>	Reliquidación pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el periodo de tiempo tenido en cuenta para la liquidación pensional
<b>Magistrado Ponente</b>	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 veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente 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. GNR 359722 del 17 de diciembre de 2013 expedida por COLPENSIONES por medio de la cual se ordena el pago de la pensión de vejez de la señora LUISA BUSTAMANTE POSADA; nulidad de la Resolución No. GNR 324421 del 17 de diciembre de 2014, que resuelve el recurso de reposición y modifica la Resolución No. GNR 359722 del 17 de diciembre de 2013; nulidad del acto ficto o presunto negativo que se configure del auto que resuelve recurso de reposición instaurado contra la Resolución No. GNR 359722 del 17 de diciembre de 2013.

En consecuencia de lo anterior que se ordene a la entidad accionada i) reliquidar el ingreso base liquidación teniendo en cuenta únicamente lo





**13-001-33-33-011-2015-00322-01**

establecido en el artículo 7 del Decreto 929 del 11 de mayo de 1976 y el artículo 45 del Decreto de 1978, por lo que solicita que se reliquide la pensión equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre laborado; ii) que para efectos de establecer los factores salariales deberán tenerse en cuenta los establecidos por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el artículo 720 de 1978, el artículo 7 y el 23 del Decreto 929 del 11 de mayo de 1976, y el Decreto 48 de 1993; iii) que se ordene el pago de intereses de moral y que las sumas solicitadas sean indexadas.

## **1.2. HECHOS**

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

- La señora LUISA BUSTAMANTE BELEÑO, el nació el 21 de junio de 1953, y laboró en la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA, por más de 25 años.
- El extinto ISS, mediante Resolución No. 041238 el 8 de noviembre de 2011, reconoció la pensión de vejez a la accionante dándole aplicación del Decreto 929 del 11 de mayo de 1976, en la cual se reconoce pensión equivalente al 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos por la accionante durante los últimos seis meses de servicio.
- Que en dicha resolución los factores salariales para liquidar la prestación son los establecidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 en concordancia con lo establecido en el Decreto 1045 de 1978.
- Que la entidad demandada al momento del reconocimiento pensional no incluyó en la nómina de la mesada pensional a la accionante toda vez que se encontraba en servicio activo.
- Posteriormente COLPENSIONES expidió la Resolución No. 359722 del 17 de diciembre de 2013, reconociendo la pensión de jubilación de la demandante en la forma establecida en la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los emolumentos devengados durante los últimos diez (10) años de servicio.





13-001-33-33-011-2015-00322-01

- Contra la anterior resolución se instauró recurso de reposición el cual fue resuelto Mediante Resolución GNR 324421 del 17 de septiembre de 2014 modificando la resolución recurrida.
- Que la demandante fue incluida en nómina en enero de 2015 con el valor señalado en la Resolución No. 359722 del 17 de diciembre de 2013.

### **1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 23 y 53 de la Constitución Política, Ley 100 de 1993, artículos 36 y S.S.; Decreto 929 de 1976 artículos 7 y 23; Decreto 717 de 1978; Decreto 1145 de 1978, Circular 054 de 2010.

Afirma que la entidad accionada no tiene competencias para expedir el acto administrativo GNR 359722 del 17 de diciembre de 2013 en reemplazo de la Resolución 041238 del 8 de noviembre de 2011 expedida por la ISS, dado que este último es un acto debidamente ejecutoriado y en firme, por lo que el actuar de COLPENSIONES viola el principio de seguridad jurídica y de favorabilidad laboral, toda vez que la Resolución No. 041238 del 8 de noviembre de 2011 es mucho más favorable a los intereses de la accionante, por cuanto reconoce el régimen especial consagrado en el Decreto 929 de 1976, del cual manifiesta es beneficiaria por haber laborado durante 25 años al servicio exclusivo de la Contraloría General de la República, así mismo, afirma que resulta más favorable la aplicación del Decreto 1045 de 1978 en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la primera mesada pensional.

## **2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 153-163)**

Mediante sentencia de fecha 25 de agosto de 2016, el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A quo que el régimen aplicable para la determinación del ingreso base liquidación para establecer el monto de la pensión de la parte demandante, corresponde al previsto en el Decreto 929 de 1976, haciendo además una interpretación favorable en cuanto a cuales factores deben ser tenidos en cuenta a efectos de establecer el ingreso base liquidación.

Así mismo, ordenó la actualización e indexación de lo resultante entre lo





13-001-33-33-011-2015-00322-01

efectivamente pagado y la nueva liquidación.

### **3. LA APELACIÓN (fs. 169-171)**

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se aduce que no debe prosperar la pretensión toda vez que afirma que a la accionante le es aplicable la Ley 33 de 1985, no obstante que en virtud del principio de favorabilidad le fue aplicable el Decreto 929 de 1976.

Que respecto a la petición encaminada a que se haga el ingreso a norma el 30 de diciembre de 2014, se precisa que la circular interna 01 de 2012 emitida por la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones la Vicepresidencia Jurídica y Secretaria General, en su numeral 1.6.5 literal f señala que si el afiliado es un servidor público y radicó sus documentos para la pensión de retiro, la fecha se reconocerá a partir de la fecha de retiro.

Por lo anterior, manifestó la entidad que la accionante presentó renuncia a partir del 30 de diciembre de 2014, no obstante el ingreso a nomina se produjo el 1 de enero de 2014 hasta la actualidad.

### **4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia de fecha 14 de diciembre de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 23 de febrero de 2017 (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 (fs. 10-11)**

El apoderado judicial de la accionada se opone a lo pretendido por la señora LUISA BUSTAMANTE POSADA, y se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.





13-001-33-33-011-2015-00322-01

## 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 el demandantes es beneficiario 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 semestre de servicios, con fundamento en el Decreto 929 de 1976.?*

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 el sentido de negar la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, toda vez que no es posible aplicarle a la





13-001-33-33-011-2015-00322-01

demandante, el régimen contemplado en el Decreto 929 de 1976, 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**

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

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido<sup>1</sup> desde dos perspectivas constitucionales, de una parte, como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y por otro lado, como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos.

También se ha señalado que de este derecho se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada<sup>2</sup>.

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

##### **4.2. El Precedente Constitucional**

La Corte Constitucional tiene a su cargo "*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*<sup>3</sup>", así pues, es la encargada de fijar los efectos de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior<sup>4</sup>.

---

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

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

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

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





13-001-33-33-011-2015-00322-01

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

Así pues la máxima autoridad constitucional ha señalado que en los fallos de constitucionalidad, su carácter obligatorio se desprende de los efectos *erga omnes*, así como de la cosa juzgada constitucional de que están revestidos<sup>5</sup>; por ello, se ha precisado que las razones o motivos de la decisión de las sentencias de juicio abstracto contienen la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados, y por tal razón, deben ser atendidas por las autoridades judiciales, para que la aplicación del derecho sea conforme a la Carta Política<sup>6</sup>.

En torno a los fallos de revisión de tutela, se ha referido que el respeto de su *ratio decidendi*, logra la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y la confianza legítima. Igualmente, se ha destacado que cuando se trata de sentencias de unificación y de control abstracto de constitucionalidad, basta un pronunciamiento para que exista un precedente, lo anterior debido a que *"las primeras, unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos y, las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política"*<sup>7</sup>.

En este orden, el desconocimiento del precedente constitucional, *"independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique, es decir, como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo, no solo conlleva la trasgresión de las garantías fundamentales a la igualdad y al*

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

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

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





13-001-33-33-011-2015-00322-01

debido proceso, sino que también vulnera el principio de supremacía constitucional.<sup>8</sup>"

De conformidad con lo expuesto, el precedente Constitucional debe ocupar un lugar privilegiado en el análisis del caso por parte del juez de la causa, pues de lo contrario, se quebrantan los principios Constitucionales de la igualdad y la supremacía de la Carta Política, y es que para quienes administran justicia, respetar la jurisprudencia de la máxima corporación constitucional es un deber, especialmente, porque es a través de la función jurisdiccional de la Corte Constitucional que se garantiza la eficacia de los derechos constitucionales a los asociados<sup>9</sup>.

#### 4.3. Posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en Materia de liquidación pensional en régimen de transición.

La ley 100 de 1993, contempló un régimen de transición pensional, para efectos de garantizar derechos consolidados con base en normas anteriores, de la siguiente manera:

*"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*

*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere Superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE." (Texto subrayado fuera del original).*

En tal sentido, dicho beneficio está dirigido a: i) Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad al 1º de abril de 1994; ii) hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1º de abril de 1994; iii) hombres y mujeres que

<sup>8</sup> Ibídem

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





13-001-33-33-011-2015-00322-01

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





13-001-33-33-011-2015-00322-01

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 2016<sup>10</sup> en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad del régimen de transición y liquidación de la pensión en el régimen de transición con todos los factores, específicamente se señaló lo siguiente:

**"(...) el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de**

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





13-001-33-33-011-2015-00322-01

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.**»





13-001-33-33-011-2015-00322-01

Ahora bien, en reciente pronunciamiento del 28 de agosto de 2018<sup>11</sup>, 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

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





13-001-33-33-011-2015-00322-01

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.

#### **4.4 Régimen pensional de funcionarios de la Contraloría General de la Republica**

El régimen pensional de los servidores de la Contraloría General de la República debe ser visto partiendo de dos momentos: el primero a quienes se aplica el Decreto Ley 929 de 1976 y el segundo los cobijados por el Decreto 691 de 1994, que incorporó a sus servidores al Sistema General de Pensiones, regido por la ley 100 de 1993.

El Decreto Ley 929 de 1976, estableció el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República, determinando lo siguiente en relación con la pensión de jubilación;

*"ARTÍCULO 7. Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre."*

La norma trascrita, determinó los requisitos para obtener la pensión de jubilación de dichos funcionarios y empleados, señalando los requisitos para obtenerla así:

- Edad: 50 años si son mujeres y 55 años si son hombres;





13-001-33-33-011-2015-00322-01

- 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto;
- Tasa de retorno del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

## **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 LUISA BUSTAMANTE POSADA nació el 21 de junio de 1953 (Fl. 18) estuvo vinculada a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA como TÉCNICO DE IMÁGENES DIAGNÓSTICOS, desde el 19 de marzo de 1984 hasta que fue retirada del servicio 31 de julio de 2014, adquirió su status pensional el 21 de junio de 2008.(F. 18 y 36 reverso)

5.1.2. Que la señora LUISA BUSTAMANTE POSADA, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución No. 041238, expedida por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 8 de noviembre de 2011 (Fl.18-22)

5.1.3. Mediante Resolución No. 359722 del 17 de diciembre de 2013 COLPENSIONES reliquida pensión de vejez de la actora en aplicación de la Ley 100 de 1993. (Fl. 23-28), decisión que fue impugnada por la actora, siendo resuelta mediante resolución No.324421 del 17 de diciembre de 2014.

### **5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico**

Precisa la Sala que con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general pensional del sector público estaba consagrado en la Decreto ley 929 de 1976, la cual en su artículo 1º, inciso segundo, dispuso que la misma no se aplicaría a los empleados oficiales que desarrollan actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.





13-001-33-33-011-2015-00322-01

Dentro de este régimen especial de pensiones se encuentran el régimen pensional de los servidores de la Contraloría General de la República el cual se encontraba regulado en el Decreto Ley 929 de 1976 en el que se determinó los requisitos para obtener la pensión de jubilación de dichos funcionarios y empleados, señalando los requisitos para obtenerla así: i) Diez (10) años de servicio que hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República ii) Edad: 50 años si son mujeres y 55 años si son hombres; iii) 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto; iv) Tasa de retorno del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

En efecto, del material probatorio que obra en el expediente, ha de precisarse, que se encuentra acreditado que la actora ha prestado sus servicios personales por más de diez años a la Contraloría General de la República, dentro del lapso comprendido entre el 19 de marzo de 1984 hasta el 31 de julio de 2014, razón por la cual cumple con los requisitos establecidos en el Decreto Ley 929 de 1976 por la cual se dictan disposiciones sobre prestaciones sociales a favor del personal de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrimado al expediente, se tiene que de igual manera la señora LUISA BUSTAMANTE POSADA es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que para la fecha en que entró a regir esta ley – 1º de Abril de 1994-, tenía más de 35 años de edad; cumpliendo así con uno los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo.

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.

En este orden, 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, que para el caso de la actora sería el Decreto Ley 929 de 1976, 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





**13-001-33-33-011-2015-00322-01**

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 el Decreto 929 de 1976, 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.

En este sentido, precisa la Sala que, disiente del A quo por cuanto ordenó re liquidar la pensión de jubilación de la demandante con inclusión de todos los factores devengados y, señaló como periodo para determinar el IBL, el último año de servicios de conformidad con lo establecido en el Decreto 929 de 1976, lo cual es contrario a los criterios establecidos por la Corte Constitucional, los cuales adopta y prohíja esta Sala de Decisión.

Por otro lado, en cuanto al principio de favorabilidad invocado por el accionante considera la Sala, que como se estableció en la jurisprudencia constitucional comentada previamente, el principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto, evento en los cuales se debe elegir la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social, pero “respetando siempre el principio de inescindibilidad o conglobamiento, por lo que debe aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.

En el presente caso no cabe aplicar el principio alegado por el accionante, porque pretende escisiones o fragmentaciones, tomando lo más favorable de la Ley 100/93 y del Decreto 929 de 1976, y utilizando disposiciones jurídicas contenidas en cada régimen normativo, lo cual está proscrito por el principio bajo estudio.

El principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, recae, por su parte sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar



13-001-33-33-011-2015-00322-01

el contenido normativo de una disposición jurídica, sobre el cual surgen dudas; que “debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, carácter que en este caso no tiene la supuesta duda planteada por la demandante, pues tanto el IBL como la tasa de reemplazo previstos en el régimen especial y el general invocados por el actor están dotados de claridad y la supuesta duda la hace surgir invocando la posibilidad de integrar elementos de una y otra norma para integrar una tercera.

Finalmente, el principio de la condición más beneficiosa, impone ante una misma situación jurídica regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, el deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas de escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador, pero en ningún caso permite al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

En este sentido, se revocará el fallo apelado de fecha veinticinco (25) de agosto de 2016 proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, a través del cual se accedió a 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.





13-001-33-33-011-2015-00322-01

**FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de fecha veinticinco (25) de agosto de 2016 proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por la señora LUISA BUSTAMANTE POSADA, conforme a las razones expuestas en la presente providencia, en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas a la parte demandante.

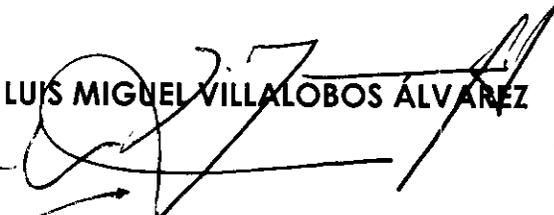
**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

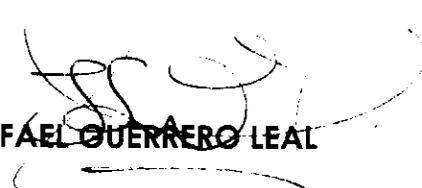
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*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**