



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

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-014-2016-00397-01
Demandante	MERCY TORRES DE OTERO
Demandado	COLPENSIONES
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	IBL- Transición.

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 27 de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el accionante lo siguiente:

*PRIMERO: Se declare la Nulidad de la **Resolución GNR 25694 del 25 de enero de 2016** que negó la reliquidación de la pensión de vejez de mi mandante.*

SEGUNDO: Se declare la Nulidad del Acto Ficto Negativo del Recurso de reposición y el de apelación subsidiario.

TERCERO: Como consecuencia de la nulidad de las resoluciones demandas (sic) solicito se RELIQUIDE la pensión de jubilación de la señora MERCY DEL ROSARIO TORRES EL OTERO BOLAÑO teniendo en cuenta el régimen de transición que le es aplicable según el art 36 de la Ley 100 de 1993, que nos remite al art 3 de la ley 33 de 1985 es decir conforme al último salario devengado aplicándole el 75% a dicho valor.

CUARTO: Que en dicha reliquidación sean INCLUIDOS los FACTORES SALARIALES establecidos en el art 1 de la ley 62 de 1985.

QUINTO: Luego de ser incluidos los factores salariales que se realice la correspondiente corrección monetaria de la pensión de jubilación INDEXANDO correctamente la





primera mesa (sic) pensional teniendo en cuenta los índices iniciales y finales del IPC del DANE de acuerdo al 75% del último salario devengado por mi representada.

SEXTO: Como consecuencia de lo anterior reconocer y ordenar el pago de las sumas de dinero dejadas de recibir por la diferentes que surjan entre la pensión reconocida y la pensión reliquidada e indexada conforme a la Ley.

SEPTIMO: Que las anteriores sumas de dinero sean actualizadas de conformidad con el IPC.

OCTAVO: que en caso de mora se condene a La Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES a reconocer y pagar intereses moratorios estipulado en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

NOVENO: Que se condene en costas a la parte demandada."

1.2. HECHOS

1.2.1. Manifiesta el demandante que el 22 de noviembre de 2005, solicitó al Instituto de Seguros Sociales, el reconocimiento de pensión de jubilación, pensión que le fue reconocida mediante resolución No, 4396 del 30 de abril de 2007, dejándose en suspenso su ingreso nomina hasta que acreditara el retiro del servicio o desafiliación del sistema.

1.2.2. El 4 de julio de 2007, interpone recurso de reposición y en subsidio apelación, el cual fue resuelto por Resolución No. 11142 del 25 de septiembre de 2007, modificándose la resolución 4396 de 2007, respecto al Ingreso base de Liquidación- IBL, ordenando la inclusión en nómina y reconociendo un retroactivo.

1.2.3. Señala que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, en ese orden de ideas, su régimen pensional aplicable es el previsto en la Ley 33 de 1985; por lo que debe tenerse como Ingreso Base de Liquidación el 75% del último salario devengado como empleada de la Asamblea Departamental de Bolívar e incluirse los factores salariales consagrados en el art. 1° de la Ley 62 de 1985, en especial al prima de servicio y prima de navidad que fueron omitidos en la liquidación de la pensión de la actora.

1.2.4. El 30 de junio de 2015 presentó reclamación administrativa solicitando la reliquidación de la pensión de la actora, petición que fue negada a través de la resolución GNR 25694 del 25 de enero de 2016.



1.2.5. Finalmente, el día 16 de febrero de 2016, la actora presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, contra la resolución anteriormente reseñada y hasta la fecha no se le había desatado el recurso, configurándose el silencio administrativo negativo.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE NULIDAD.

La parte demandante señala como normas violadas, el artículo 53 de la Constitución Política, artículos 1 y 3 de la Ley 33 de 1985, artículo 1° de la Ley 62 de 1995, leyes 57 y 153 de 1998 y arts. 36 y 288 de la ley 100 de 1993.

Aduce que, la actora por ser empleada pública y beneficiaria del régimen de transición, su pensión ha debido ser liquidada conforme a la Ley 33 de 1985 por ser la norma aplicable, con inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicio; y no con base en el IBL estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. COLPENSIONES¹.

La parte demandada, COLPENSIONES, presentó escrito de contestación de la demanda aceptando como ciertos los hechos 2,3 y 4 relativos al reconocimiento de la pensión de jubilación y a su modificación referente a la inclusión en nómina y pago de retroactivo pensional; e indico que no le constaban los demás hechos, por lo que se atiene a lo que resulte probado en el proceso. Al referirse a las pretensiones se opone a ellas.

A su vez, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

Como argumentos de defensa, plantea que a la demandante le fue reconocida pensión de vejez respetando el régimen anterior al cual se encontraba afiliada, en los términos dispuestos en el artículo 369 de la Ley 100 de 1993, es decir, respetando al edad, tiempo de servicios y el monto o

Folios 74-78





porcentaje de reemplazo de la Ley 33 de 1985, por ser el régimen aplicable al momento de adquirir el estatus de pensionado.

Finalmente, solicita acoger la posición de la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015, en la cual se concluye que el IBL no hace parte del régimen de transición; por lo tanto la pensión de la actora se liquidó con base en la Ley 100 de 1993; por lo tanto, es procedente negar las pretensiones de la demanda.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA².

Mediante sentencia de fecha (27) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, negó la pretensiones de la demanda, por cuanto no resulta procedente acceder a la reliquidación solicitada por el demandante, determinando el Ingreso base de Liquidación con base en el régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en este caso los factores previstos en la Ley 33 de 1985.

Por otra parte, respecto a la pretensión de la indexación de la primera mesada, la misma se despachará desfavorablemente, como quiera que la prestación se causó el día 23 de septiembre de 2005 fecha en que la demandante cumplió los 55 años de edad, habiendo dejado de laborar el día 31 de diciembre de 2004, por tanto no había transcurrido mas de un año, y aun cuando la pensión se reconoció en el año 2007, no es menos cierto que se hizo efectiva partir del 23 de septiembre de 2005 y al liquidarla COLPENSIONES efectuó la procedente indexación del IBC conforme se acredita con los documentos obrantes en el CD contentivo del expediente administrativo, entre los que se encuentra liquidación pensión servidores públicos, los cuales se aportan como prueba en el plenario y que el Despacho ordenó imprimir.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. De la parte accionante³.

La señora MERCY DEL ROSARIO TORRES DE OTERO, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia,

² Folios 98-105

³ Folios 119-125





solicitando se revoque el fallo del a quo, toda vez que a su juicio el fallo proferido por este, no solo desconoce los precedentes jurisprudenciales del órgano de cierre - CONSEJO DE ESTADO-, sino que de igual forma se aparta de las sentencias proferidas por su superior funcional (refiriéndose a esta Corporación); donde a través de sentencias recientes se ha dilucidado el asunto de marras en consonancia con los argumentos aquí plasmados, entre otras en la sentencia No. 034 del 2017 de fecha 17 de marzo de 2017 tema; reliquidación de pensiones inclusión de factores salariales devengados en el último año de servicio. MP. DR. Luis Miguel Villalobos Álvarez.

Finalmente, a manera de colofón, señala que si bien es cierto que las sentencias de la Corte Constitucional que emite en sede de control abstracto poseen unos efectos erga omnes, no es aceptable desde ninguna óptica jurídica, aplicar consecuencias de una sentencia donde se no se reflejan casos análogos, ni mucho menos cuando la misma Corte ha señalado los alcances de la misma en su aplicación temporal.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA⁴.

Mediante auto de fecha 08 de mayo de 2018, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada, por medio de auto de 24 de agosto de 2018, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandada- COLPENSIONES⁵.

La accionada presentó alegatos de conclusión dentro del trámite de la segunda instancia; solicitando a esta Corporación, que se sirva confirmar la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2017 emitida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, y en consecuencia se absuelva a COLPENSIONES de todas las pretensiones formuladas por la demandada.

⁴ Folios 5 y 10, cuaderno de 2ª instancia.

⁵ Folios 14 -15 cuaderno de 2ª instancia.





Manifiesta la accionada que es improcedente acceder a la reliquidación de la pensión en los términos solicitados, toda vez que el precedente judicial de la Corte Constitucional es vinculante y de obligatorio cumplimiento y prima sobre cualquiera pronunciamiento que se encuentre en contravía de lo establecido por la Corporación encargada de la guarda de la Constitución; considerando además que al hacer parte de la Junta Directiva de esta entidad, los Ministerios de trabajo y de Hacienda y créditos Publico, quienes atacan y comparten el precedente de la Corte Constitucional, Colpensiones acoge el precedente de dicha Corporación.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Determinar si es procedente que COLPENSIONES, reliquide la pensión de jubilación de la señora MERCY DEL ROSARIO TORRES DE OTERO, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes



durante el último año de servicio, incluyendo los factores devengados durante dicho periodo?

De ser resuelto de manera positiva el anterior problema jurídico, corresponderá confirmar la sentencia de primera instancia, en caso contrario será revocada.

3. Tesis de la sala.

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia apelada, en consideración a que en el *sub iudice* se acreditó que el demandante es beneficiario del Régimen de 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 al régimen anterior; igualmente los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994. En esa medida, no es posible aplicarle al demandante, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como se solicita en las pretensiones de la demanda.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. La seguridad Social como derecho fundamental

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido⁶ 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

⁶ Sentencia T-039 de 2017



brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada⁷.

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*"⁸, así pues, es la encargada de fijar los efectos de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior⁹.

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 revestidos¹⁰; 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 Política¹¹.

⁷ sentencia T-013 de 2011.

⁸ Artículo 241 Constitución Política de Colombia.

⁹ Sentencia T-018 de 2018

¹⁰ 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.

¹¹ Sentencia T-410 de 2014





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"*¹².

En este orden, el desconocimiento del precedente constitucional, *"independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique, es decir, como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo, no solo conlleva la trasgresión de las garantías fundamentales a la igualdad y al debido proceso, sino que también vulnera el principio de supremacía constitucional."*¹³

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 asociados¹⁴.

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)

¹² Sentencia T-233 de 2017.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ T-410 de 2014.





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 1° de abril de 1994; ii) hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1° de abril de 1994; iii) hombres y mujeres que independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 1° 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 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

Con posterioridad, en la **SU-230 de 2015**, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela que pretendía proteger los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y al mínimo vital, frente a una liquidación pensional realizada con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1° de la Ley 33 de 1985), donde concluyó que a partir de la sentencia C-258 de 2013, la Corte realizó consideraciones generales y fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por lo tanto, son las reglas contenidas en el régimen general las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenezca.

En igual sentido, en la sentencia **SU-427 de 2016** se dispuso que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizada por la sentencia C-258 de 2013 al igual que en la sentencia **SU-210 de 2017**, se mantuvo la consideración sobre la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993.





En contraste con lo anterior, ha sido posición reiterada del Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, el entender que los beneficiarios del régimen de transición pensional deben ser liquidados en su integralidad con el régimen que los 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 2016¹⁵ en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad del régimen de transición y liquidación de la pensión en el régimen de transición con todos los factores, específicamente se señaló lo siguiente:

"(...) el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

Mantiene el Consejo de Estado las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, así:

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

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado 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".

¹⁵ Exp. 2013-01541 (4683-2013).





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 "bloqueo de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.»

Ahora bien, en reciente pronunciamiento del 28 de agosto de 2018¹⁶, la Sala Plena del Consejo de Estado modificó la posición jurisprudencial que venía fijada por la Sección Segunda de dicha Corporación, en la cual se inclinó por la posición adoptada por la Corte Constitucional, pero conservando algunos matices particulares, en dicho pronunciamiento señaló la Alta Corporación:

"Primero: Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

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.

¹⁶ Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.





2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones."

En este orden, se observa que venían coexistiendo dos posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen de transición pensional en la liquidación de la asignación, no obstante dado el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado que se ha inclinado sustancialmente en dirección a la tesis sostenida por la Corte Constitucional, resulta claro que se debe continuar acogiendo el criterio adoptado como precedente constitucional por la H. Corte Constitucional, el cual se viene aplicando por la Sala incluso desde antes del pronunciamiento del 28 de agosto de 2018, lo cual se acompasa con la nueva postura del Consejo de Estado, dado que la Corte Constitucional en este sentido ha creado una regla de interpretación que no puede ser desconocida por el operador judicial, toda vez que se trata de una extensión misma del texto constitucional, según la cual, el monto de la pensión reconocida en favor de quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no puede calcularse conforme al IBL estipulado en la legislación anterior, sino al previsto en el inciso tercero de la referida norma, regla que fijó en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la sentencia SU-230 de 2015.

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



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

5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

5.1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente, que mediante Resolución No. 4396 del 30 de abril de 2007, el extinto Instituto de Seguro Social, reconoció una pensión de jubilación a favor de la señora Mercy del Rosario Torres de Otero, dejando en suspenso el ingreso a nómina de la prestación hasta que se acreditara el retiro del servicio o la desafiliación al sistema (fls. 21-26).

5.1.2. Que por Resolución No. 11142 del 25 de septiembre de 2007 se resolvió un recurso de reposición, modificándose la Resolución No. 4396 de 2007, en el sentido de ordenar el ingreso a nómina de la pensión de jubilación de la demandante a partir del 23 de septiembre de 2005, en cuantía de \$872.483, liquidándose con base en 1341 semanas cotizadas con un ingreso base de liquidación de \$1.163.311 al cual se le aplicó un porcentaje de liquidación del 75%, ordenándose el pago del retroactivo causado. (fls. 27-29)

5.1.3. El 30 de junio de 2015 la accionante elevó solicitud de reliquidación sobre la pensión ante COLPENSIONES al haber asumido las prestaciones que tenía a su cargo el ISS, para lo cual solicitó que fuese hecha conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, esto es, con la inclusión de la totalidad de factores devengados durante el último año de servicios por ser una empleada pública, beneficiaria del régimen de transición. (fls. 32-40)

5.1.4. Que mediante Resolución GNR 25964 del 25 de enero de 2016 COLPENSIONES (fls. 42-46) negó la petición de reliquidación, misma contra la que se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación. (fls. 47-54)

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

En el sub iudice se solicita la nulidad de la Resolución GNR 25694 del 25 de enero de 2016 que negó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora



MERCY DEL ROSARIO TORRES DE OTERO; igualmente, se pretende la nulidad del acto ficto negativo del recurso de reposición y el de apelación subsidiario; y como consecuencia de lo anterior, solicita se reliquide la pensión de jubilación de la accionante, teniendo en cuenta el régimen de transición que le es aplicable según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que remite al artículo 3 de la Ley 33 de 1985, es decir, conforme al último salario devengado aplicándole el 75% a dicho valor; así mismo, que en dicha reliquidación sean incluidos los factores salariales establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985; factores, que deberán estar indexados correctamente con la primera mesada pensional teniendo en cuenta los índices inicial y finales del IPC del DANE de acuerdo al 75% del último salario devengado por la actora.

El A quo en el fallo apelado, señala que no resulta procedente acceder a la reliquidación solicitada por el demandante, determinando el Ingreso base de Liquidación con base en el régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en este caso los factores previstos en la Ley 33 de 1985.

Por otra parte, respecto a la pretensión de la indexación de la primera mesada, la misma se despachará desfavorablemente, como quiera que la prestación se causó el día 23 de septiembre de 2005 fecha en que la demandante cumplió los 55 años de edad, habiendo dejado de laborar el día 31 de diciembre de 2004, por tanto no había transcurrido más de un año, y aun cuando la pensión se reconoció en el año 2007, no es menos cierto que se hizo efectiva partir del 23 de septiembre de 2005 y al liquidarla COLPENSIONES efectuó la procedente indexación del IBC conforme se acredita con los documentos obrantes en el CD contentivo del expediente administrativo, entre los que se encuentra liquidación pensión servidores públicos, los cuales se aportan como prueba en el plenario y que el Despacho ordenó imprimir.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrojado al expediente, se tiene que la señora MERCY DEL ROSARIO TORRES DE OTERO, 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 40 años de edad y 15 años de servicio; cumpliendo así con uno de los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo.



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

Así las cosas, como al momento de entrar vigencia la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), a la actora le faltaban más de 10 años para adquirir el status pensional (nació el 23 de septiembre de 1950 (fl. 21)), la liquidación del IBL, se debe hacer con los últimos 10 años como lo aplicó la accionada.

En este sentido, precisa la Sala que, disiente del recurrente por cuanto pretende se reliquide su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores devengados teniendo en cuenta para determinar el IBL, el último año de servicios, lo cual es contrario a los criterios establecidos por la Corte Constitucional, los cuales adopta y prohija el A quo y esta Sala de Decisión. En este sentido, se confirmará el fallo apelado de fecha veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, a través del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

5.3. Condena en costas en segunda instancia

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, debido a que cuando presentó la demanda, estaba amparada en la tesis que sostenía la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su momento.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,





IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de la sentencia de fecha veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por la señora MERCY DEL ROSARIO TORRES DE OTERO, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en ambas instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS