

13-001-33-33-006-2014-00258-01

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

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

|                    |                                                                                                                                 |
|--------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Medio de control   | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                                          |
| Radicado           | 13-001-33-33-006-2014-00258-01                                                                                                  |
| Demandante         | ROSIRIS MALVÁCEA BELEÑO                                                                                                         |
| Demandado          | COLPENSIONES                                                                                                                    |
| Tema               | Reconocimiento pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio –IBL. |
| Magistrado Ponente | LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ                                                                                                  |

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Sexto 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 se ordene a la accionada, la reliquidación de la pensión vitalicia, teniendo como base de liquidación o preceptuado en el artículo 1 de la Ley 33 e 1985, es decir el último año de servicio, de igual manera solicita que el reconocimiento y pago de liquidación de vejez si como consecuencia de la ley es más favorable al pensionado la liquidación teniendo como base el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años. Por otro lado, manifiesta que debe realizar la indexación de la primera mesada pensional, por cuanto la demandante dejo de laborar en el año 2003 y solo fue reconocida en el año 2008.

1.2. HECHOS



**13-001-33-33-006-2014-00258-01**

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

- La señora ROSIRIS DEL ROSARIO MALVÁCEA BELEÑO, nació el 24 de diciembre de 1951, y laboró en el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA desde el 1 de abril de 1978 hasta el 22 de agosto de 2003, en el cargo de TÉCNICO DE IMÁGENES DIAGNOSTICAS.
- La UGPP, mediante Resolución No. 010526 del 17 de junio de 2008, reconoció la pensión de vejez a la accionante dándole aplicación a la ley 100 de 1993.
- Que la norma aplicable a la accionante era la ley 33 de 1985, por haber laborado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y haber tenido 35 años de edad al momento de la entrada en vigencia de dicha ley.
- Que la entidad demandada al momento del reconocimiento pensional no tuvo en cuenta el salario promedio devengado por la demanda, así como tampoco la indexación de la primera mesada pensional, por cuando la demanda se retiró en el año 2003 y solo fue recocida la pensión en el año 2008.
- El 16 de septiembre de 2009, la demandante a través de apoderado presentó reclamación administrativa la cual fue resuelta el 8 de junio del año 2010, negando lo solicitado.

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

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 1 de la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993 artículos 36 y 141.

Afirma que la entidad accionada debe reconocer a la actora la pensión de vejez de conformidad con las normas aplicables a su caso, es decir el Régimen de transición prevista en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual remite a la Ley 33 de 1985, por cuanto la demandante contaba al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social con más de 35 años de edad.

Que la entidad accionada hizo caso omiso a la Ley y liquidó la pensión de la actora de manera incorrecta por cuanto al tomar los salarios que sirvieron de base para los aportes el sistema de seguridad social en pensiones durante su último año de servicio, arroja un valor promedio superior al determinado en el acto administrativo de reconocimiento pensional, por lo que considera que se omitió lo preceptuado en el régimen de transición de la ley 100 de 1993 y por consiguiente está obligada a remitirse al artículo 1 de la ley 33 de 1985.

### **2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 184-195)**





Mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2016, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A quo que en aplicación de la interpretación fijada por la H. Corte Constitucional en sentencias SU230 de 2015, conforme el cual el IBL no es un aspecto de transición, concluyó que para calcular el IBL de la pensión de la actora debe seguirse por lo previsto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual consideró que no se asiste derecho a la actora.

Que en cuanto a la indexación de la primera mesada pensional conforme a lo acreditado en el expediente, consideró que la parte actora tiene derecho a ella, como mecanismo para mantener el poder adquisitivo de su ingreso pensional y aplicando los mandatos constitucionales que protege e l componente de seguridad social.

### **3. LA APELACIÓN (fs. 188-194)**

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se aduce que la tesis inicial del Consejo de Estado mediante la sentencia de unificación de fecha 04 de agosto de 2010 se dispuso que las pensiones de los regímenes especiales de transición se liquidaran en la forma y con la norma anterior que las venía aplicando.

Manifiesta que la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estipuló en su inciso 2 la aplicación del régimen anterior para el monto de la pensión, la cual entra en paradoja con la sentencia SU 230 de 2015, no obstante al existir ambigüedad o disparidad de criterios, de conformidad con el artículo 53 constitucional, deberá preferirse el que resulte más favorable al trabajador o pensionado, por lo que solicita que la sentencia sea revocada.

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

Mediante providencia de fecha 8 de febrero de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 5 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 15 de abril de 2016 (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 (fs. 15-17)**

El apoderado judicial de la parte demandante solicita que se confirme la sentencia recurrida en lo referente al reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional sobre la pensión reconocida a la accionante, por cuanto considera que para ser beneficiaria de la actualización del monto de la pensión se demostraron que entre la fecha de retiro de la accionante, y la edad para acceder a la prestación transcurrió un periodo durante el cual hubo una pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por otro lado solicita que se revoque la sentencia en cuanto a la negativa de reconocer el reajuste o reliquidación pensional de la accionante, sustentado la negativa en el cambio de jurisprudencia. Manifiesta que el fallador en primera instancia desconoció las sentencias que dan razón a su petición.

Señala que al momento de liquidar el monto de la mesada pensional de la accionante, la entidad demandada no incluyó la totalidad de los factores salariales que se detallan en las certificaciones expedidas por el empleador.

### **5.2 PARTE DEMANDADA (fs. 10-11)**

El apoderado judicial de la accionada se opone a lo pretendido por la señora ROSIRIS MALVACEA BELEÑO, por cuanto considera que para el reconocimiento de su pensión de jubilación, se tuvo en cuenta los requisitos que se deben cumplir para obtener el derecho a la pensión de vejez que es que se cuente con el tiempo o semanas cotizadas y la edad de acuerdo con lo establecido en el régimen de pensiones; que la demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por ser el régimen para empleados públicos.

## **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



13-001-33-33-006-2014-00258-01

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 en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio?*

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

### **3. TESIS**

La sentencia impugnada será confirmada por las razones expuestas en esta providencia, en el sentido de negar la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, toda vez que 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.

De otro lado, en cuando a la indexación de la primera mesada pensional solicitada por la accionante, considera la Sala que atendiendo a los criterios de justicia y equidad, al estar demostrado que la demandante adquirió el status pensional en razón a la edad, con posterioridad a la fecha del retiro del servicio,



**13-001-33-33-006-2014-00258-01**

no existe razón para no acceder a la indexación de la primera mesada pensional solicitada, por cuanto de no indexarse el ingreso base de liquidación, no se garantizaría el poder adquisitivo de la moneda, teniendo la actora que soportar, una depreciación de su derecho pensional.

#### **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





**13-001-33-33-006-2014-00258-01**

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.





13-001-33-33-006-2014-00258-01

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> Ibidem

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



**13-001-33-33-006-2014-00258-01**

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



13-001-33-33-006-2014-00258-01

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).



13-001-33-33-006-2014-00258-01

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.**»



**13-001-33-33-006-2014-00258-01**

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 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.*

*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 hiciere 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.



**13-001-33-33-006-2014-00258-01**

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 ROSIRIS DEL ROSARIO MALVACEA BELEÑO estuvo vinculada al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA como TÉCNICO DE IMÁGENES DIAGNÓSTICOS, desde el 1 de abril de 1978 hasta que fue retirada del servicio el 22 de agosto de 2003, adquirió su status pensional el 24 de diciembre de 2006.(F. 31, 10)

5.1.2. Que la señora ROSIRIS DEL ROSARIO MALVACEA BELEÑO, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución No. 010526, expedida por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 17 de junio de 2008.(Fl.4-6)

5.1.3. Mediante Resolución No. 0008498 del 06 de junio de 2010 el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES niega la reliquidación de pensión de vejez solicitada por la actora. (Fl. 31-32)

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





**13-001-33-33-006-2014-00258-01**

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrojado al expediente, se tiene que la señora ROSIRIS DEL ROSARIO MALVACEA BELEÑO 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 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 para liquidar la pensión de vejez del demandante, debió tener en cuenta los factores salariales cotizados por ésta durante el periodo por el cual se estableció el IBL, en un promedio del 75%, los cuales se encuentran establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

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

Así las cosas, no es posible aplicarle a la demandante, 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.

Por otro lado, en cuanto al principio de favorabilidad invocado por la 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





**13-001-33-33-006-2014-00258-01**

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 conglobamento, 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 la Ley 33 de 1985, 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 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 el 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.

De otro lado, en cuando a la indexación de la primera mesada pensional solicitada por la accionante, precisa la Sala que como quiera que a la señora ROSIRIS MALVACEA BELEÑO le es aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le asistió el derecho a que su pensión le fuera reconocida bajo el amparo de la Ley 33 de 1985, esto es una vez cumplidos 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad.

Respecto del cumplimiento de dichos requisitos, advierte la Sala que tal y como lo consideró el A quo y no se discute en esta instancia, el tiempo de



**13-001-33-33-006-2014-00258-01**

servicio fue cumplido por la demandante el 1 de abril de 1998, toda vez que ingresó a laborar en la ESE Hospital Universitario de Cartagena el 1 de abril de 1978; no obstante, su última cotización fue realizada el 22 de agosto de 2003, fecha en que quedó desvinculada de la mencionada entidad.

Ahora bien, el requisito de la edad lo cumplió el 24 de diciembre de 2006, por ende ésta es la fecha en que adquiere el status pensiona.

En ese orden, considera la Sala que atendiendo a los criterios de justicia y equidad, al estar demostrado que la demandante adquirió el status pensional en razón a la edad, con posterioridad a la fecha del retiro del servicio, no existe razón para no acceder a la indexación de la primera mesada pensional solicitada, por cuanto de no indexarse el ingreso base de liquidación, no se garantizaría el poder adquisitivo de la moneda, teniendo la actora que soportar, una depreciación de su derecho pensional.

Así mismo, se desconocería principios como el in dubio pro operario y, los postulados del Estado Social de Derecho, referidos a la protección a las personas de la tercera edad, el derecho a la igualdad y al mínimo vital.

Por las razones antes expuestas, se confirmará la sentencia recurrida.

## **6. Condena en Costas**

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

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

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

**FALLA**



13-001-33-33-006-2014-00258-01

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por la señora ROSIRIS MALVACEA BELEÑO, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS,**

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**