



13-001-33-33-008-2014-00261-01

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	13-001-33-33-008-2014-00261-01
Demandante	FABIO GASPAR FORTICH AMADOR
Demandado	UGPP
Tema	Reliquidación 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 cuatro (04) de junio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

Solicita la parte demandante, que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 54993 del 5 de noviembre de 2008 expedida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez por factores salariales, así como también se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 006466 del 25 de febrero de 2014 proferida por la subdirectora de determinación de derechos pensionales de la UGPP, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez por nuevos factores salariales, y la Resolución No. RDP 012122 del 11 de abril de 2014, expedida por la UGPP mediante la cual se confirmó la Resolución No. RDP 006466 del 25 de febrero de 2014.





13-001-33-33-008-2014-00261-01

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita i) que se ordene a la accionada, la reliquidación de la pensión vitalicia, para lo cual se deberán tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante.

1.2. HECHOS

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

- El señor FORTICH AMADOR FABIO GASPAR JOSÉ GUILLERMO, prestó sus servicios personales por más de 20 años de servicios al Estado en la Secretaria Seccional de Salud de Bolivar.
- Que se desempeñó en el último cargo como PROFESIONAL UNIVERSITARIO (MEDICO) vinculado al programa de Control de Tuberculosis.
- Laboró del 01 de marzo de 1976 hasta el 15 de julio de 2001, adquirió status pensional el 5 de noviembre de 1996 fecha en la cual cumplió 20 años de servicio.
- CAJANAL, mediante Resolución No. 00237 del 18 de enero de 2005, reconoció la pensión de vejez al accionante en cuantía de 1.162.953.99 a partir del 19 de julio de 2001, condicionado a demostrar su retiro definitivo de servicio.
- Que en la anterior resolución no se tuvo en cuenta el último año de servicio y todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año previo al retiro definitivo, es decir el 16 de julio de 2000 al 15 de julio de 2001; por el contrario la liquidación se efectuó desde el 01 de abril de 1994 hasta el 15 de julio de 2001, tomando únicamente los factores salariales que contempla el Decreto 1158 de 1994.
- El 03 de octubre de 2008 el accionante solicitó reliquidación de la pensión por factores salariales siendo negada a través de la resolución No. 54993 del 05 de noviembre de 2008.
- El 14 de febrero de 2014 solicitó ante la entidad demanda reconocimiento y pago de reliquidación de la pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales, recibiendo respuesta negativa mediante resolución RDP 006466 del 25 de febrero de 2014 contra la cual se interpuso recurso de apelación, el cual fue decidido a través del





13-001-33-33-008-2014-00261-01

proveído RDP 012122 del 11 de abril de 2014 confirmándose la providencia recurrida.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los 1, 2, 6, 13, 25, 48, 53, Ley 84 de 1948, Ley 4 de 1966, Decreto 1160 de 1986, Decreto 3135 de 1989, Decreto 3135 de 1968, Ley 33 de 1985, Ley 100 de 1993 art. 36 y demás normas concordantes.

Manifestó que de conformidad con el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, en armonía con el artículo 5 del Decreto 1743 de 1966 reglamentario del anterior, determinaron que las pensiones a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de trabajo previa demostración del retiro definitivo del servicio público.

No obstante lo anterior la Ley 24 de 1947 que adiciona el artículo 29 de la Ley 6 de 1945 tiene consagrado en su artículo 1. El artículo 29 de la Ley 6 de 1945 quedará así: *"Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales que se formen con aporte de varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial..."*

El Decreto 1743 de 1966, que en el artículo 5 establece *"Apartar del veintitrés de abril (23) de 1966 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o unas entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público."*

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 132-147)





13-001-33-33-008-2014-00261-01

Mediante sentencia de fecha 4 de junio de 2015, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder las pretensiones de la demanda, y condeno las costas a la accionada.

Manifestó el A quo que el señor FABIO GASPAR JOSÉ GUILLERMO FORTICH AMADOR, para el año 1994 tenía 45 años de edad, y para el año 2001 cuando se le reconoció la pensión tenía 52 años y laboró durante más de 20 años de servicios en entidades públicas. Que el día 15 de abril de 1998 se le reconoció la pensión de vejez, el cual cuenta con el reconocimiento de su pensión, por lo que la reliquidación de la pensión del accionante se debió efectuarse acode a lo normado en el artículo 1 del Decreto 1160 de 1989, es decir teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Consideró que la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL hoy en día UGPP, solo tuvo en cuenta a liquidar la pensión de vejez el salario básico, sin incluir los demás factores que disfrutó, por lo que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez del actor; al tiempo que ordenó liquidar la pensión con todos los factores salariales devengados, con el promedio del último año de servicio y en un porcentaje de 75%, que no se tuvieron en cuenta como son: salario básico, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, bonificación por antigüedad y bonificación por servicios prestados.

3. LA APELACIÓN (fs. 159-175)

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se aduce que en la demanda, en ninguna parte se solicita que se incluya los factores salariales diferentes a los tenidos en cuenta en la resolución de reconocimiento que fueron objeto de liquidación, por lo que a su juicio, el a quo se extralimito en la concesión del derecho. Manifiesta que el demandante es beneficiario del régimen de transición y le fue reconocido el derecho pensional teniendo en cuenta la Ley 84 de 1948, por lo tanto le fue reconocido derecho pensional con 20 años de servicio sin edad por hacer parte del programa antituberculosas de la Secretaria de Salud de Bolivar, no obstante en cuanto a la forma de liquidación manifiesta que se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 100 de 1993.





13-001-33-33-008-2014-00261-01

Por lo anterior, solicita sea revocada la sentencia impugnada y en su lugar se absuelva a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 25 de abril de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 5 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 16 de agosto de 2016 (f. 13 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. 28-29)

El apoderado judicial de la parte demandante manifiesta en su escrito que le asiste derecho al actor que se le reconozca todos los factores salariales por el devengados en el último año de servicios previos al retiro definitivo del servicio, es decir, a partir de 16 de julio de 2001, factores que se encuentran debidamente certificados como son: prima de actividad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, bonificación de antigüedad y bonificación por servicios prestados.

5.2 PARTE DEMANDADA (fs. 20-27)

El apoderado judicial de la accionada mantiene su posición legal plateada en los actos administrativos demandados, en la oposición a las pretensiones y condenas, en las excepciones propuestas y los fundamentos facticos y jurídicos contenidos en el recurso de apelación.

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





13-001-33-33-008-2014-00261-01

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 en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el periodo de tiempo tenido en cuenta para su liquidación, en aplicación del régimen de excepción en la Ley 84 de 1948?

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

3. TESIS

La Sala considera que el demandante si tiene derecho a la reliquidación deprecada, por lo que confirmará el fallo de primera instancia, por las razones que se expondrán en la presente providencia; no obstante, se modificará el ordinal TERCERO del fallo apelado, en cuanto al periodo que se debe tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación, el cual debe ser de dos (02) años y seis (06) meses, que es el tiempo que se tuvo en cuenta por la entidad demandada para re liquidar su pensión de jubilación al momento del reconocimiento pensional; en consideración a que en el *sub judice* el IBL se debe determinar conforme a lo establecido en el artículo 36





13-001-33-33-008-2014-00261-01

de la Ley 100 de 1993, y no con fundamento en el régimen anterior, como lo sostuvo el A quo; así mismo se modificará en cuanto a los factores salariales que se deben tener en cuenta en el Ingreso Base de Liquidación, toda vez que solo serán incluidos los factores salariales cotizados por el accionante y que se encuentren establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

4. ARGUMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

4.1. Ley 84 de 1948

"ARTICULO 1º Tendrán derecho a pensión de jubilación los médicos, enfermeras y demás personal que comprueben haber trabajado continua o discontinuamente durante veinte (20) años en sanatorios, dispensarios u otros establecimientos al servicio de la campaña antituberculosa oficial. La pensión de jubilación será de las dos terceras partes del último sueldo devengado."

4.2 Ley 33 de 1985.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985**, cuyo artículo 1º dispone:

"ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.





13-001-33-33-008-2014-00261-01

PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"

El artículo 3º ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcularlos aportes".

4.3 Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

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

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





13-001-33-33-008-2014-00261-01

El régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

4.4. 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 hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere Superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE." (Texto subrayado fuera del original).

En tal sentido, dicho beneficio está dirigido a: i) Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad al 1º de abril de 1994; ii) hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1º de abril de 1994; iii) hombres y mujeres que independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994.

Respeto de este beneficio, la Corte Constitucional ha venido abordando su estudio para determinar el alcance del mismo, de acuerdo con las disposiciones constitucionales superiores, es así como en la sentencia **C-168 de 1995**, determinó que sin importar cuál era la vinculación anterior, las





13-001-33-33-008-2014-00261-01

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 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





13-001-33-33-008-2014-00261-01

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 cobija, señalando para el efecto que el ingreso base de liquidación hace parte del mismo, y por tanto debe estar conformado con todos los emolumentos percibidos en el último año de servicios del empleado.

Esta posición fue reafirmada y unificada mediante la sentencia de 25 de febrero de 2016¹ en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad del régimen de transición y liquidación de la pensión en el régimen de transición con todos los factores, específicamente se señaló lo siguiente:

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

¹ Exp. 2013-01541 (4683-2013).





13-001-33-33-008-2014-00261-01

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".

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

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

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

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





13-001-33-33-008-2014-00261-01

Ahora bien, en reciente pronunciamiento del 28 de agosto de 2018², 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

² Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.





13-001-33-33-008-2014-00261-01

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. 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, el señor FORTICH AMADOR GASPAS JOSE GUILLERMO estuvo vinculado en calidad de empleado público de la SECRETARIA DE SALUD DE BOLIVAR, desde el 11 de marzo de 1976 hasta el 15 de julio de 2001, para un total de veintiún (21) años de servicios, tal y como se acredita con la certificación expedida por la Profesional Universitaria con Funciones de Pagadora de la Gobernación de Bolivar, de fecha 05 de agosto de 2002 (F. 18-21)

5.1.2. Que el señor FORTICH AMADOR GASPAS JOSE GUILLERMO, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución No. 00237 del 18 de enero de 2015, expedida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., en cuantía de \$1.162.953.99, efectiva a partir del 16 de julio de 2001, condicionada a demostrar retiro del servicio oficial, en virtud de la Ley 84 de 1948.(Fl.13 -17)

5.1.3. Mediante Resolución No. 54993 del 5 de noviembre de 2008 la Caja NACIONAL DE previsión Social EICE niega la reliquidación de pensión de





13-001-33-33-008-2014-00261-01

vejez solicitada por el actor identificada bajo el radicado No. 111438/2007.
(Fl. 2-4)

5.1.4. Mediante Resolución RDP 006466 del 25 de febrero de 2014 se negó reliquidación de pensión de vejez solicitada por el actor, decisión que fue apelada y resuelta por la Resolución No. RDP012122 del 11 de abril de 2014 la UGPP siendo confirmada (Fl. 7-5)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrimado al expediente, se tiene que el señor FORTICH AMADOR GASPAR JOSE GUILLERMO cumple con los requisitos establecidos en la Ley 84 de 1948 por la cual se dictan disposiciones sobre prestaciones sociales a favor del personal científico que trabaja en servicio de lucha antituberculosas; igualmente es beneficiario 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; cumpliendo así uno de 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 éste 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.

Sin embargo, es preciso aclarar para realizar la liquidación pensional en virtud del régimen de transición, si al beneficiario le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o 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.

En el sub judge, se acreditó que el demandante adquirió su estatus jurídico de pensionado el día 5 de noviembre de 1996, tal y como se indica en el





13-001-33-33-008-2014-00261-01

acto administrativo de reconocimiento pensional –Resolución No. 00237 del 18 de enero de 2005; así mismo, se acreditó que el peticionario fue retirado del servicio el 15 de julio de 2001. (F. 18).

De otro lado, se encuentra acreditado con el certificado expedido por la Profesional Universitaria con Funciones de Pagadora de la Secretaria Seccional de Salud de la Gobernación de Bolívar, de fecha cinco (05) de agosto de dos mil dos (2012), que el demandante en los dos (02) últimos años y seis (06) meses de servicio, comprendidos entre el 15 de enero de 2000 al 15 de julio de 2001, cotizó los siguientes factores salariales: (i) asignación básica, (ii) bonificación por servicios, (iii) bonificación especial por recreación, (iv) vacaciones; (v) prima de vacaciones; (vi) bonificación por antigüedad; (vii) prima de navidad y; (viii) prima de servicios (f. 18); de los cuales solo se encuentran establecidos en el Decreto 1158 de 1994 (i) asignación básica, (ii) bonificación por servicios, (iii); bonificación por antigüedad; (vii) prima de servicios; sin embargo al momento del reconocimiento pensional y reliquidación del mismo, solo se tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados. (Fl. 6 reverso)

Así las cosas, esta Colegiatura considera, que el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez, con inclusión de todos los factores salariales cotizados y que se encuentran establecidos en el Decreto 1158 de 1994; incluyéndose para tal efecto la bonificación por servicios, bonificación por antigüedad y prima de servicios; durante el periodo que se tuvo en cuenta para establecer la base de liquidación, es decir, dos (02) años y seis (06) meses; que es el tiempo que al accionante le faltaba para adquirir el derecho al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), desde el momento en el que obtuvo su status pensional esto es el 5 de noviembre de 1996; en consideración a que en el sub judice el IBL se debe determinar conforme a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y no con fundamento en el régimen anterior.

Precisa la Sala que disiente del A quo por cuanto ordenó reliquidar la pensión del actor con inclusión de todos los factores salariales reconociendo factores no estipulados en el Decreto, y señaló como periodo 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 esta Sala de Decisión, por lo que le asiste la razón a la demandada en su recurso





65

13-001-33-33-008-2014-00261-01

de alzada, en lo concerniente a que el IBL, otorgado por el a-quo, estuvo por fuera de los parámetros de la jurisprudencia.

En este sentido, se ordenará modificar el ordinal TERCERO de la parte resolutive del fallo apelado, en cuanto al periodo que se debe tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y los factores salariales a tener en cuenta.

Finalmente, se confirmará en todo lo demás la sentencia apelada.

6. Condena en Costas

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

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

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la Sentencia de fecha de cuatro (04) de junio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, el cual quedará así:

"TERCERO: En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, ORDÉNESE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, a efectuar una nueva liquidación de dicha Pensión, siendo equivalente al 75% del promedio de todos los factores de salario cotizados en los últimos dos (02) años y seis (06) meses de servicio, esto es, asignación básica, bonificación por servicios, bonificación por antigüedad y prima de servicios."





13-001-33-33-008-2014-00261-01

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de fecha cuatro (04) de junio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

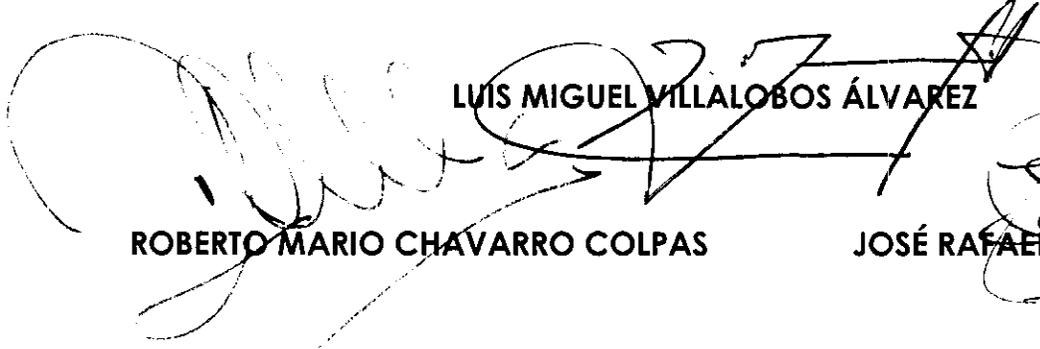
TERCERO: Sin condenas en costas en esta instancia.

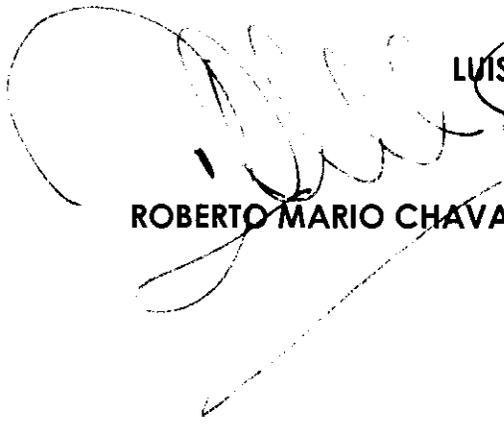
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

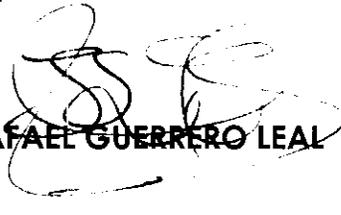
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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