

13-001-23-33-000-2017-00558-00

Cartagena de Indias D.T y C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2017-00558-00
Demandante	JUDITH GALVIS CANO
Demandado	UGPP
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Actuación	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Tema	IBL

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse de fondo sobre la demanda interpuesta en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por la ciudadana JUDITH GALVIS CANO contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

I.- ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

El apoderado de la actora solicita en síntesis que se declare la nulidad de las resoluciones RDP 001251 del 18 de enero del 2017, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, RDP 01167 del 22 de marzo del 2017, por la cual se resolvió el recurso de reposición confirmando la anterior y la RDP 015495 del 17 de abril del 2017, por la cual se resolvió el recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene la reliquidación de la pensión de la señora JUDITH GALVIS CANO, teniendo en cuenta el Régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que remite a la ley 33 de 1985, es decir, conforme al último salario devengado, incluidos todos los factores salariales establecidos en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.

1.2. HECHOS

Cuenta el actor en síntesis los siguientes:

13-001-23-33-000-2017-00558-00

- Mediante resolución No. 13944 del 23 de marzo del 2006, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL reconoció la pensión de vejez a la actora, dejando en suspenso su ingreso a nomina hasta tanto demostrara el retiro definitivo.
- El retiro se dio el día 31 de mayo del 2011 y ello produjo la reliquidación, no obstante, la misma se produjo sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, de mayo del 2010 a mayo del 2011.
- El 9 de agosto del 2016 se solicitó ante la UGPP la reliquidación de la pensión con sujeción a los parámetros establecidos en la ley 33 de 1985 y ley 62 de 1985, toda vez que se trata de un trabajador amparado por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.
- La solicitud fue negada a través de las resoluciones que se demandan.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

El actor invoca como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículo 53
- Ley 33 de 1985: artículos 1 y 3
- Ley 62 de 1985: artículo 1
- Ley 100 de 1993: artículo 36 y 288

Sostiene que los actos administrativos demandados fueron expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse por cuanto la actora es beneficiaria del régimen de transición y por ello para efectos de la liquidación de la pensión de vejez le es aplicable la ley 33 de 1985 y no el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio como lo hizo la demandada, pues ello resulta contradictorio con el régimen legal

2. CONTESTACIÓN.

13-001-23-33-000-2017-00558-00

En escrito prestando oportunamente, la entidad demandada se opuso a las suplicas de la demanda.

Sostuvo que los actos demandados no adolecen de nulidad por cuanto la pensión fue liquidada conforme a los factores salariales señalados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 y de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, así como en lo dispuesto por la sentencias C – 258 de 2013 y SU-230 del 2015.

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Representante del Ministerio Público en esta oportunidad no emitió concepto.

II.- CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 numeral 2 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia, por ser un asunto de carácter laboral que no proviene de un contrato de trabajo y cuya cuantía excede los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2. Problema jurídico.

Se contraerá el debate a dilucidar si debe la liquidación de la pensión del accionante gobernarse bajo los presupuestos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluyendo por ende **sólo** los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994, o si debe acogerse la posición planteada por el actor que conduce a la aplicación plena de la norma anterior (ley 33 de 1985), con todo y la promediación del IBL y como quiera que se trata de una persona beneficiaria del régimen de transición.

2.3. Tesis

Se sostendrá que para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos, pertenecientes al régimen de transición creado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se deben tener en cuenta los presupuestos de **edad, semanas cotizadas o tiempo de servicios y monto** (entendido este como

13-001-23-33-000-2017-00558-00

tasa de reemplazo) bajo los regímenes anteriores o especiales aplicables a cada caso concreto. Sin embargo, para la promediación del Ingreso Base de Liquidación **(IBL)** de cada persona, se deben tener en cuenta las previsiones del inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, si al titular del derecho, a la entrada en vigencia de la aludida ley general de pensiones, le faltaren menos de 10 años para adquirir la calidad de pensionado, o el artículo 21 de la misma norma (promedio de los últimos 10 años), si le descontaren más de 10 años; así mismo, sólo se deben tener en cuenta para dicho cálculo los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.

Dado que los actos demandados fueron consecuentes con la postura anterior, en lo que respecta al IBL, se denegaran las pretensiones de la demanda.

2.4. Argumentación normativa y jurisprudencial.

De los factores salariales como elementos del IBL excluidos del régimen de transición y su regulación bajo la ley 100 de 1993.

La reliquidación pensional de las personas que en su época productiva prestaron sus servicios laborales a entidades del Estado, sea de forma continua e ininterrumpida, fraccionada en distintos períodos de tiempo o alternada con entidades del sector privado, constituye un tema que es concurrente dentro de los estrados judiciales, en donde se resuelven dichos asuntos a la luz de las interpretaciones jurisprudenciales efectuadas por las Altas Cortes.

Es así como, tanto el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo como el de la Jurisdicción Constitucional han sentado sus posiciones sobre el tema, habiendo sido el Consejo de Estado el que inicialmente y por mucho tiempo asumió la postura de incluir el Ingreso Base de Liquidación dentro del concepto de monto, lo que implicaba que quedara subsumido en el régimen anterior al régimen general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, mientras que la Corte Constitucional, efectuando un análisis sistemático y literal del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de tiempo atrás y en contraposición a lo que primigeniamente había sostenido el Consejo de Estado, concluye que el Ingreso Base de Liquidación se excluye del régimen de transición y debe regirse bajo los parámetros del nuevo Sistema General de Pensiones.

13-001-23-33-000-2017-00558-00

Así las cosas, y ante la disyuntiva, correspondió en algún momento a ésta Sala de decisión inclinarse o acoger una de las anteriores concepciones, habiendo sido la de la Corte Constitucional la que se impuso, según se puede advertir de gran cantidad de providencias dictada por esta Sala.

Hoy día, la situación se torna más pacífica, pues como se referenciará infra, la postura del Consejo de Estado, a partir de decisión de unificación del año 2018, terminó decantándose, acoplándose a la de la Corte Constitucional, y rectificando lo que de antaño se venía sosteniendo incluso también a partir de jurisprudencia de unificación (sentencia de fecha 4 de agosto del 2010), razón por la cual hoy **no** es necesario escoger entre una u otra postura, pues las tesis que en la actualidad imperan en los dos altos tribunales convergen.

Así pues, se pasa a estudiar el tema en forma inductiva, desde lo particular a lo general, partiendo de un concepto específico como es la pensión, hasta llegar a su desarrollo normativo y jurisprudencial como materialización de un derecho en un sentido más amplio.

En este orden de ideas, se concibe la pensión como el importe que recibe la persona de forma mensual, durante la etapa no productiva de su vida, en forma de contraprestación a sus años de esfuerzo en el rol de trabajador, ya sea como dependiente o independiente, que se otorga con base al cumplimiento de requisitos legales, como son edad, número de semanas cotizadas y monto determinado, lo cual la constituye en una prestación social, que al ser asumida como tal, se enmarca dentro del ámbito de la seguridad social, en vista de que ésta última, como el conjunto de medidas encaminadas a la protección de la población, termina siendo su garante.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T- 690 de 2014 informó:

"El concepto de "seguridad social" hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas, por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo."

Por consiguiente, al dejar por sentado que el derecho a la pensión se encuentra inmerso dentro de la seguridad social, se prosigue a analizar la

13-001-23-33-000-2017-00558-00

naturaleza de dicho concepto, el cual se caracteriza por ser dual, al tener la connotación de servicio público y de derecho fundamental simultáneamente, siendo ésta última condición, la que direcciona el presente análisis a un enfoque constitucional, en la medida en que es la misma Constitución Política, la encargada de regular la seguridad social en su artículo 48, así:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.



13-001-23-33-000-2017-00558-00

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.

PARÁGRAFO 1o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

PARÁGRAFO 2o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 2o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales



13-001-23-33-000-2017-00558-00

especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 3o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 4o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 5o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6o. Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año". (Negrillas fuera de texto).

De lo anterior se colige, el carácter Constitucional y por ende fundamental de la pensión.

En consecuencia, ha de examinarse la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre reliquidación pensional desde sus primeros pronunciamientos, iniciando con el contemplado en la sentencia **C – 168 de 1995**, donde se declara exequible el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a excepción del último inciso, pues en este se planteaba

13-001-23-33-000-2017-00558-00

una situación de desigualdad entre el momento de adquirir la pensión de los empleados públicos y los trabajadores del sector privado.

Entretanto, en la sentencia **C – 279 de 1996**, se aborda el tópico de los factores salariales, desde el estudio de la inclusión o no de una prima dentro de la liquidación pensional de un ciudadano, resolviendo finalmente no otorgar a dicho emolumento, el carácter de factor salarial.

En la sentencia **C – 258 de 2013**, se hace referencia al alcance e interpretación del Ingreso Base de Liquidación, con relación al régimen de transición; considerando que **de dicho régimen se excluye el IBL, al ser éste reglamentado por las disposiciones de la Ley 100 de 1993**, motivo por el cual, se decide declarar inexecutable la expresión “último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, en vista de que no era dable liquidar IBL pensional sobre un año, cuando los artículos 21 y 36 de la ley 100 de 1993 señalaban otros períodos de tiempo, pues ello redundaba en una ventaja que no previó el Legislador en la creación del nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que se declaró que reconocer la pensión de vejez de las personas pertenecientes al régimen de transición, aplicando sólo los regímenes anteriores, sin tener en cuenta el IBL del artículo 36, resultaba ser un claro **“abuso del derecho”**.

Así mismo, mediante el **Auto 326 de 2014**, la Sala plena de la Corte Constitucional extendió el alcance de la interpretación sobre ingreso base de liquidación efectuada en la sentencia **C – 258 de 2013**, a toda la población perteneciente al régimen de transición, pues implicaba un “precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no debía ser desconocido en forma alguna”.

Con posterioridad, la Corte se pronunció sobre la liquidación pensional en la sentencia **SU – 230 de 2015**, planteando allí dos conceptos de monto, el primero ajustable a los regímenes especiales, entendido como “el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de remplazo al promedio de la liquidación del respectivo régimen” y el segundo adaptable al régimen de transición, como un “privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

13-001-23-33-000-2017-00558-00

En la sentencia **SU – 427 de 2016** se afirma que **al liquidar la pensión con base en el último año se puede incurrir en otorgar ventajas irrazonadas que no guardan relación con la vida laboral de los pensionados**, pues por lo general en el último año se obtienen salarios que nunca antes tuvieron, logrando entonces que su pensión se base en sumas que no corresponden a la realidad de su trayectoria laboral.

Ahora bien, pese a todos los pronunciamientos anteriores, la Corte en la sentencia **SU – 210 de 2017**, se aparta un poco de la tesis que defendía sobre el ingreso base de liquidación, señalando que el mismo hacía parte del concepto de monto del que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que por tanto es regulado por el régimen anterior. **No obstante ello, termina aceptado la teoría que indica que el IBL debe ser regulado bajo el nuevo Régimen General de Pensiones.**

Por demás, la Corte Constitucional, en dos jurisprudencias recientes, recoge toda la anterior línea argumentativa; estas son: la T – 039 de 2018 y la SU - 395 de 2017, ambas, orientadas a los factores salariales.

En el pronunciamiento **T – 039 de 2018**, luego de un recuento histórico y normativo la Corte Constitucional sienta como pautas de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que el concepto monto, maneja dos acepciones, una enfocada a los regímenes especiales y otra para el régimen de transición, la primera asumida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen, y la segunda, aplicable al régimen de transición, que se concibe como un privilegio legal para las personas próximas a adquirir el derecho, pero que al no ser cristalizada dicha facultad, son destinatarios de unas reglas propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo expuso en algunas decisiones anteriores.

En ese mismo sentido, el Máximo Tribunal continuó desglosando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en un sentido finalístico, que pone sobre el tapiz de análisis las siguientes premisas:

a). La condiciones modales y temporales para ser beneficiario del régimen de transición son tres:

- Tener 35 años o más si es mujer.

13-001-23-33-000-2017-00558-00

- Tener 40 años o más si es hombre.
- Tener mínimo 15 años de cotización.

b). Los elementos de la pensión de las personas que hagan parte del régimen de transición, que se reglamentan por la normatividad de los regímenes anteriores son:

- La edad.
- Tiempo de semanas cotizadas.
- El monto

c). Los demás elementos de la pensión, de las personas cobijadas por el régimen de transición serán regulados por la Ley 100 de 1993.

d). El Ingreso Base de Liquidación para las personas cobijadas por el régimen de transición, que les faltare menos de 10 años para adquirir el reconocimiento del derecho a la pensión se así:

- Promedio de lo devengado en el tiempo faltante.
- A partir de lo cotizado durante todo el tiempo restante si fuere superior, siendo además actualizado con base al índice de precios al consumidor.

e). Al no ser mencionados en el inciso 3º del artículo 36, a los afiliados del régimen de transición que le hicieren falta más de 10 años para adquirir la pensión, se les reglamentará su Ingreso Base de Liquidación, por la prescripción normativa contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que reza lo siguiente:

“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo”.

13-001-23-33-000-2017-00558-00

f). La forma de renunciar a la reglamentación de la pensión bajo las normas de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, es acogerse voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En ese orden, se puntualiza que al sólo hacer parte del régimen de transición los elementos edad, tiempo cotizado y monto, el Ingreso Base de Liquidación debe ser inexorablemente regulado por la Ley 100 de 1993.

Por su parte, la sentencia **SU – 395 de 2017**, a partir del estudio del defecto sustantivo y violación directa de la Constitución supuestamente perpetrada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en su interpretación sobre los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, frente al régimen de transición aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales, determina unas pautas generales, con efectos erga omnes, sobre los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto pensional.

Es así como, ésta providencia analiza el artículo 48 Constitucional en su inciso 12, puntualmente, determinando que la razón de ser del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es precisamente propiciar la estabilidad del nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que lo liquidado debe ser proporcional a lo realmente cotizado, basándose además en lo dispuesto por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, donde se hace especial énfasis en la sostenibilidad financiera del sistema en mención, por la que debe propender el Estado Colombiano, así:

*“En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, **la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993**” (Negrillas fuera de texto).*

De lo que se desprende que en cuanto a factores salariales, la Corte ya se ha manifestado concretamente, determinando que no es posible tener en cuenta emolumentos que no se encuentren señalados taxativamente dentro de la legislación del nuevo Sistema General de Pensiones, por lo que es dable colegir que **los elementos del salario que se incluirán en el cálculo**

13-001-23-33-000-2017-00558-00

del monto pensional, serán los dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, como norma reglamentaria de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior se refleja expresamente y sin lugar a equívocos, tal y como se extracta:

*“En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. **En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.**”* (Negritas fuera e texto).

En pronunciamiento de unificación que data del 5 de abril del 2018 (**SU – 023 de 2018**), la Corte reafirmó la tesis decantada en el sentido de que “el régimen de transición en comento únicamente ampara las reglas relacionadas con **la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo**; en otras palabras, que los aspectos referentes al cálculo del IBL deben regirse por las normas que se encuentren vigentes.”, entendiéndose por tal, la ley 100 de 1993.

De sus líneas es posible observar además, entre otros, dos aspectos de suma relevancia a juicio de la Sala que es menester subrayar, mismos que tienen que ver con que, de un lado, de una vez por todas se define el concepto de monto, para entenderlo como tasa de reemplazo, y del otro, se cimenta la idea de que los factores constitutivos de salario deben gobernarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017, es decir, como viene de estudiarse, conforme a la normativa actual, en este caso, el Decreto 1158 de 1994.

Concluye el aludido fallo de unificación como sub reglas principales que fijan el alcance del régimen de transición, las siguientes:

“(…)

(i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.

(ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.



13-001-23-33-000-2017-00558-00

(iii) El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.

(iv) A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: **(i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.** (Negrillas y subrayas de la Sala)

(v) **El monto corresponde a la tasa de reemplazo o,** en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión. (Negrillas y subrayas de la Sala)

(vi) **El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3º del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibídem y otras normas especiales en la materia.** (Negrillas y subrayas de la Sala)

(vii) Los factores constitutivos de salario, que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, por un lado, deben valorarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017 y, por el otro, tienen que ser específicamente calculados para cada caso en concreto. (Negrillas y subrayas puestas por la Sala)

(...)"

Por demás, en sentencia de unificación jurisprudencial del 8 de noviembre del 2018 (**SU – 114 de 2018**) y en armonía con lo que precede, nuevamente la Corte Constitucional reitera la hermenéutica que ha de imperar en la aplicación del régimen de transición, y el concepto de IBL, así:

"La mencionada interpretación ha sido reafirmada por la Corte en las providencias SU-417 de 2016, SU-210 de 2017, y SU-631 de 2017. En esas sentencias se ha manifestado que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón de que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización. Ese beneficio excluye el ingreso base de liquidación. De manera que, con base en tales reglas, la Corte ha concluido que no es procedente un reajuste de la pensión si se efectuó sin tener en cuenta la hermenéutica constitucional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual deriva en un abuso del derecho, ya que dispone el aumento injustificado de la prestación. En esas circunstancias, la Sala ha señalado que se debe dejar sin efecto las decisiones atacadas en tutela.

*Así las cosas, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que reiteró en las SU-230 de 2015, SU-417 de 2016, SU-210 de 2017, y SU-631 de 2017, es el precedente constitucional en la materia, y que señala que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **Por tal razón, a los beneficiarios del régimen de transición se les calcula el IBL con base en el promedio***

13-001-23-33-000-2017-00558-00

de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio.” (Negrillas puestas por la Sala)

Finalmente debe dejarse en claro que la línea interpretativa hasta acá analizada, finalmente fue aceptada por el Honorable Consejo de Estado, el que, a través de la sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018), definió su criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la ley 100 de 1993, sentando las siguientes reglas:

“(....)

1. *El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.*

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

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

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

(....)”

Así las cosas, se concluye que para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos, pertenecientes al régimen de transición creado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se deben tener en cuenta los presupuestos de edad, semanas cotizadas o tiempo de servicios y monto (tasa de

13-001-23-33-000-2017-00558-00

reemplazo) bajo los regímenes anteriores o especiales aplicables a cada caso concreto. Sin embargo para la promediación del Ingreso Base de Liquidación (**IBL**) de cada persona, se deben tener en cuenta las previsiones del inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, si al titular del derecho a la entrada en vigencia de la aludida ley, le faltaren menos de 10 años para adquirir la calidad de pensionado, o el artículo 21 de la misma norma, si le descontaren más de 10 años; así mismo, sólo se deben tener en cuenta para dicho cálculo los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.

2.5. El caso concreto.

Hechos relevantes probados.

a) Se tiene la resolución 13944 del 23 de marzo del 2006, mediante la cual se reconoció la pensión de vejez a la demandante, por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

De allí emerge que adquirió el status pensional el 12 de junio del 2004, y el IBL de su mesada pensional fue establecido tal cual lo ordena la ley general de pensiones (ley 100 de 1993), es decir, sobre el salario promedio de 9 años, 11 meses y 18 días, pues esa era el tiempo que le hacía falta para adquirir el status una vez entrada en vigencia la ley 100 de 1993.

Respecto los factores que constituyeron el salario a promediar, se sabe que se tuvieron en cuenta, en armonía con lo que prescribe el Decreto 1158 de 1994, la asignación básica mensual, la bonificación por servicios y la prima de antigüedad.

La tasa de reemplazo aplicada, tal cual lo ordena la ley 33 de 1985, fue el 75%.

b) Se tiene además la resolución RDP 001251 del 18 de enero del 2017 (acto demandado) por medio de la cual se denegó la reliquidación de la pensión de la demandante. En dicha resolución se realiza la transcripción de las normas aplicables al asunto, entre ellas, la ley 33 de 1985, en lo que respecta a los requisitos para pensionarse (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para efectos de establecimiento del ingreso base de liquidación; todo en armonía con la síntesis establecida en las sub reglas jurisprudenciales valoradas ampliamente en el acápite normativo.

13-001-23-33-000-2017-00558-00

De lo que es posible observar del texto de dicho documento, en lo que respecta al IBL, se destaca:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de la 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 (...)

En cuanto a los factores salariales el Decreto 1158 de 1994 establece:

(...)

En consideración a la normativa transcrita, no se puede acceder a reliquidar la pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, toda vez que el status jurídico de pensionado lo adquirió el 12 de junio del 2004.

Que por lo anteriormente expuesto la UGPP procede a negar al reliquidación de la pensión de jubilación del régimen de transición respecto a la aplicación de la ley 33 de 1985 con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en virtud a que la persona que se encuentran inmersas en el régimen de transición se les respeta el tiempo de servicio (20 años) el monto (75%) y la edad (55 años) del régimen anterior al cual venia afiliado.

(....)”

Solución y conclusiones.

La controversia suscitada sugiere entonces, aceptando de entrada que efectivamente la actora es beneficiaria del régimen de transición, dilucidar si el ingreso base de liquidación en el caso particular debe comprender el salario promedio de todo lo devengado en el último año de prestación de servicios, tal y como lo expone la ley 33 de 1985 (tesis sostenida por actor), o si por el contrario, lo que se impone es admitir que ello se gobierna por la ley 100 de 1993.

Síguese entonces precisar que no es atinado ni acorde con el ordenamiento jurídico y especialmente con la interpretación jurisprudencial de unificación esgrimida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (según se vio supra), exigirle a la demandada una liquidación pensional con base en la ley 33 de 1985, pues resulta ser norma **No** aplicable al asunto concreto.

Evidentemente, los actos cuestionados se fincaron precisamente en las normas aplicables al caso particular, esto es, aquellas comprendidas en la ley 100 de 1993, según las cuales, a todas las personas que sean beneficiarias del régimen de transición (art. 36 de la ley 100 de 1993), les es aplicable la norma anterior (para el caso la ley 33 de 1985 y 62 de 1985) **pero solo en lo**

13-001-23-33-000-2017-00558-00

concerniente a los requisitos para pensionarse, advirtiéndolo que en lo referente al IBL (con todo y sus factores), ha de estarse a lo prescrito en la precitada la ley 100 de 1993, específicamente el artículo 36, de suyo armónico en esencia con la regla 21 ibídem y sus decretos reglamentarios (decreto 1158 de 1994 modificadorio del artículo 6 del decreto 691 de 1994).

Por lo anterior, resulta verdad de perogrullo que los cargos achacados a los actos demandados no pueden prosperar, pues la base normativa que se dice fue inobservada para su formación, realmente no compone su verdadero fundamento jurídico tal y como ha quedado establecido en el análisis normativo y jurisprudencial de esta decisión.

Del contenido literal de la resolución que reconoció la pensión y la que denegó la reliquidación se extrae que fueron tenidas en cuenta las normas de la ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994 a efectos de la liquidación del IBL, tal y como lo indica la jurisprudencia analizada y los propios textos legales que rigen lo concerniente al tema de debate.

En lo que atañe a la tasa reemplazo, la misma se fijó en el 75%, la que, como no fue objeto de transición, debe equivaler a la referida en el artículo 1º de la aludida ley 33 de 1985, es decir, el 75%.

Por demás, aun cuando en el expediente obra prueba documental de lo devengado por la pensionada entre los años 2001 y 2011 (véanse certificaciones en los fls. 17 a 24), ello no constituye la prueba que conduzca a la certeza sobre cuales fueron en realidad los factores que sirvieron de base para calcular los aportes al sistema de pensiones de la demandante, pues, los “otros factores” indicados en las certificaciones diferentes a la asignación básica, no tiene una denominación y por ello no es posible corroborar si efectivamente constituyen uno de los factores comprensivos de IBL, a la luz del artículo 1 del decreto 1158 de 1994, modificadorio del artículo 6 del decreto 691 de 1994.

Recuérdese que dicha norma reza:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;

13-001-23-33-000-2017-00558-00

- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;"

Aunado a ello, la certificación que milita a folio 14, solo enuncia lo devengado entre el año 2009 y 2011, luego, en estrictez, acredita solo lo que se devengó, pero no permite corroborar si esos factores allí relacionados fueron tenidos en cuenta o constituyeron base de aporte o cotización al sistema pensional.

y es que, se debe ser incisivo en que, para que la Sala se forme el convencimiento (decantándose por la posibilidad de que exista un déficit respecto a factores salariales y demás), debe tener claro, por razón de las evidencias, cuáles eran los factores que efectivamente se tuvieron en cuenta para calcular los aportes al sistema de pensiones de la actora (durante los últimos 10 años o durante el tiempo que le hiciera falta en el caso del inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993), puesto que esto es lo que constituye la base para liquidar, según los dictados del decreto reglamentario 1158 de 1994, luego ante la ausencia de elementos de juicio que arrimen claridad a Sala al respecto, **se debe estar a lo que los actos administrativos cuestionados enseñan,** máxime cuando el artículo 1º del aludido decreto, comporta la lista taxativa de aquello que compone la base de cálculo.

Para ahondar en razones, aparte de la asignación básica mensual, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad tenidos en cuenta para establecer el IBL pensional en la resolución de reconocimiento pensional, rubros que si se enuncian en el listado del artículo 1 del decreto 1158 de 1994, ni la bonificación por recreación, ni la prima de servicios, ni la prima de vacaciones y tampoco la prima de navidad exigidos en la demanda son factores salariales comprensivos de IBL a la luz de la normativa.

Dicho lo anterior, como corolario resta simplemente manifestar para resolver el problema jurídico que el régimen que regula el IBL de la demandante es

13-001-23-33-000-2017-00558-00

la Ley General de Pensiones (ley 100 de 1993) y sus decretos reglamentarios (decreto 1158 de 1994), no así la ley 33 de 1985; por consiguiente, al no acreditarse cuales fueron los factores salariales que no se tuvieron en cuenta y que se trata de rubros a los que efectivamente se tenía derecho de conformidad con las normas aplicables, debe colegirse que no se derribó la presunción de legalidad de los actos demandados, y entonces, lo que debe imperar es la denegación de las pretensiones.

2.6. 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 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte vencida en el proceso cuando objetivamente se cumpla con la regla de no haber salido adelante en sus pretensiones 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, se condenará a la parte demandante al pago de las costas que efectivamente se hayan causado, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 3 y 4, en concordancia con el numeral 3.1.2 del artículo 6°, en el cual se dispone que en los asuntos de primera instancia con cuantía adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese orden la Sala de Decisión fijará las agencias en derecho en la suma de SETENTA Y TRES MIL TRECIENTOS DIECISEIS PESOS (\$ 73.316), que corresponden al cero punto uno por ciento (0.1%) de las pretensiones materiales estimadas y negadas.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 001, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

13-001-23-33-000-2017-00558-00

FALLA

PRIMERO: NIÉGANSE las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte demandante. Por secretaría, una vez en firme la sentencia se liquidarán. Se reconocen como agencias en derecho la suma de SETENTA Y TRES MIL TRECIENTOS DIECISEIS PESOS (\$ 73.316), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

LOS MAGISTRADOS



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

13-001-23-33-000-2017-00558-00

Código de verificación:

0481ea3f6d614297c149a64c483c98111711e7391026724a3986836c7eeb9bfd

Documento generado en 25/11/2020 02:11:34 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>