Cartagena de Indias D. T. y C., cinco (05) de junio de dos mil veinte (2020).

**I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.**

|  |  |
| --- | --- |
| **Medio de control** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **Radicado** | 13-001-33-33-013-2017-00184-01 |
| **Demandante** | HERLINDA SEPULVEDA GONZALEZ |
| **Demandado** | COLPENSIONES |
| **Tema:** | IBL- *Transición* |
| **Magistrado Ponente** | LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ |

**II. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta y uno (31) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Tercero 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:

*“DECLARACIONES Y CONDENAS*

1. *Se declare la NULIDAD de la resolución No. GNR 36966 de fecha 1 de febrero del 2017, notificada el 16 de febrero del 2017, mediante la cual COLPENSIONES concede la pensión de vejez de la señora HERLINDA SEPULVEDA GONZALEZ.*
2. *Se declare la NULIDAD de la Resolución No. SUB 18809 del 24 de marzo del 2017, notificada el día 3 de abril de 2017, resolución mediante la cual COLPENSIONES, modifica la resolución GNR 36966, y reliquida las mesadas pensionales sin incluir todos los factores salariales del último año de servicio.*
3. *Que como consecuencia de dichas declaratorias de NULIDAD se ordene el RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ordenando la reliquidación o reajuste de la Pensión mensual vitalicia de jubilación a mi mandante, según la normatividad vigente y haciendo inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio de la señora HERLINDA SEPULVEDA GONZALEZ, a partir del veintiuno (21) de abril del 2013 (fecha en que se causó su derecho). Teniendo en cuenta el principio de favorabilidad establecido en la carta magna, y en el artículo 288 de la ley 100 de 1993 y la ley 33 de 1985.*
4. *Que se declare la nulidad del acto ficto, producto del silencio administrativo negativo, que resolvió negativamente la solicitud de reliquidación de la pensión de la demandante y en la que no resolvieron el recurso de apelación cuyo objeto era la inclusión de todos los factores salariales del último año de servicio.*
5. *Que s ele ordene a Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, a liquidar y pagar los intereses de mora, las prestaciones económicas que se derivan de la reliquidación de la pensión de jubilación, de la demandante a partir del 21 de abril del 2013.*
6. *Que s ele ordene a Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, a cancelar la indexación de las Prestaciones Económicas que se derivan de la reliquidación de la Pensión de jubilación, de la demandante a partir del día 21 de abril de 2013, en razón a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.*
7. *Que se CONDENE a Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES (Demandado), a pagar en Costas y Agencias en derecho.*
8. *Solicito que dichas condenas sean reajustadas e indexadas con base en el IPC, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo.*
9. *Que se ordene el cumplimiento de la sentencia que se produzca dentro del presente proceso, en los términos establecidos en el artículo 192 de nuestro Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”*

**1.2. HECHOS**

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

* La señora Herlinda Sepúlveda nació el 21 de abril de 1958.
* Señala la accionante que COLPENSIONES mediante Resolución No. GNR 36966 del 01 de febrero de 2017, reconoció pensión de vejez a la señora Herlinda Sepúlveda González, a partir del 07 de diciembre de 2013, teniendo en cuenta la ley 33 de 1985 y un IBL de $1.314.369, al cual se le aplicó el 75%, arrojando una mesada pensional de $985.777.
* Mediante Resolución SUB 18809 del 24 de marzo de 2017, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. GNR 36966 del 01 de febrero de 2017, en la cual se resolvió modificar esta última, reliquidando la pensión de vejez; contra la resolución en mención se interpuso recurso de apelación el cual no fue resuelto dando origen a un acto ficto

**1.3. Normas violadas y concepto de violación.**

La demandante señaló como normas violadas las siguientes:

Artículos 2, 23, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia; artículo 115 de la ley 1395 de 2010; artículos 1, 13, 36, 141, y 288 de la ley 100 de 1993; articulo 1 y 3 de la ley 33 y 62 de 1985.

Señala la accionante que, el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación de criterios, en la que determina como cálculo de la pensión para los ex funcionarios públicos que se encuentran en el régimen de transición de prima media, se debe hacer promediando los salarios del último año laborado, y no de los últimos diez años como habían venido fallando los jueces administrativos. Siendo si las cosas, las pensiones de algunos ex funcionarios públicos podrían ser reconsideradas y ser más altas.

1. **Sentencia apelada[[1]](#footnote-1)**

Mediante sentencia de fecha treinta y uno (31) de julio de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió conceder las pretensiones de la demanda, manifestando lo siguiente:

Señala el Juez de primera instancia que en el presente caso, el Ingreso Base de Liquidación está conformado por los últimos 10 años de cotización de la demandante, cuyo periodo comprende desde el 28 de agosto de 1993 al 27 de agosto de 2003, fecha hasta que laboró y cotizó la actora como servidora. Siendo así las cosas, los factores devengados en el lapso mencionado, indicados en el Decreto 1158 de 1994 son el sueldo básico o asignación básica, bonificación por servicios y promedio mensual de recargo.

Dado lo anterior, señaló el A quo, que la pensión de vejez de la señora Herlinda Sepúlveda correspondía a una suma de $1.076.643,73 a partir del 21 de abril de 2013, y si se revisa la Resolución SUB 18809 del 24 de marzo de 2017, esta se liquidó en la suma de $987.164.

1. **Recurso de apelación.**
   1. **De la parte accionada[[2]](#footnote-2).**

La parte accionada, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque el fallo del A quo y se denieguen las pretensiones de la demanda.

Indica la accionada que en Circular interna de Colpensiones manifestaron:

*“IV. REGLAS PARA LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LOS CRITERIOS SOBRE INGRESO BASE LIQUIDACIÓN, TASA DE REEMPLAZO Y FACTORES SALARIALES.*

*Con base en las anteriores consideraciones, las reglas de decisión a que a continuación se imparten tendrán efectos hacia el futuro en los siguientes términos:*

1. *La definición y entendimiento del artículo 36 de la ley 100 de 1993, será el siguiente:*
2. *El ingreso base de liquidación no fue aspecto sometido al régimen de transición.*
3. *Las reglas para calcular el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, son las siguientes:*
4. *Quienes al 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el ingreso base de liquidación se determinará conforme lo establecido en el inciso 3º del artículo 36 de la ley 100 de 1993.*
5. *Quienes a 1º de abril de 1994 les faltare más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el ingreso base de liquidación se determinará conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.*

*3.- Factores salariales: Los únicos factores salariales que se deberán tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones. “*

Arguye el accionado, que conforme a lo anterior, no es procedente acceder a la condena impuesta por el juez, considerando que los únicos factores salariales que se deberán tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

* 1. **De la parte accionante[[3]](#footnote-3).**

Manifiesta la parte accionante, mediante escrito de apelación, que difiere del fallo proferido por el Juez de primera instancia, puesto que a la accionante si le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación de conformidad con el artículo 1 de la ley 33 de 1985. Indica que el A quo desconoció el precedente del Consejo de Estado, establecido en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, en el que dispone la liquidación de las pensiones regidas por la ley 33 de 1985, cuya sentencia estableció liquidar la pensión con el promedio del último año de servicio e incluir los factores salariales devengados en el este.

Argumenta la parte demandante, que al serle aplicado la jurisprudencia Constitucional que aduce el fallo SU 395 de 2017, se le vulnera su derecho a la igualdad, entre otros; ya que al aplicársele la tasa de reemplazo del 75% como empleada oficial sobre su ingreso base de liquidación de los últimos 10 años, y no el promedio del último año, hay violación del principio de igualdad y favorabilidad, por cuanto a los trabajadores amparados por el mismo régimen de transición del sector privado se les aplica el 90% de tasa de reemplazo.

Señala que el régimen de transición fue contemplado como un beneficio a favor de quienes reúnan los requisitos, en este caso la accionante a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 los cumplía.

1. **Trámite procesal de segunda instancia[[4]](#footnote-4).**

Mediante auto de fecha tres (03) de abril de dos mil diecinueve (2019), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada y la parte demandante, por medio de auto de fecha dos (02) de mayo de dos mil diecinueve (2019), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

1. **Alegatos de conclusión.**
   1. **Parte demandante[[5]](#footnote-5).**

La parte accionante solicita se verifique y se estudie la normatividad más favorable, porque si bien Colpensiones la pensionó con la ley 33 de 1985, el A quo ordena la reliquidación en base a la ley 100 de 1993, es necesario que se tenga en cuenta la norma más favorable.

* 1. **Parte demandada[[6]](#footnote-6).**

La parte accionada, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se denieguen las pretensiones de la demanda.

**IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

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

**V. CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**

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

**2. Problema jurídico**

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

*¿Es procedente que COLPENSIONES, reliquide la pensión de jubilación de la parte demandante, incluyendo como factor salarial la bonificación por servicio y el promedio mensual de recargo, en los diez últimos años laborados?*

En caso de ser afirmativo el problema jurídico planteado, se confirmará la sentencia de primera instancia, en caso contrario se revocará y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

1. **Tesis.**

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia apelada, en consideración a que en el *sub judice*  la demandante si bien es beneficiaria del régimen de transición, dicho beneficio no comprende el IBL, el cual se debe liquidar s sobre los últimos 10 años de servicios. Así mimso le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de los factores salariales devengados en los últimos 10 años laborados; es dable precisar, que los factores reclamados se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

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

**4. Marco normativo y jurisprudencial.**

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

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido[[7]](#footnote-7) desde dos perspectivas constitucionales, de una parte, como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y por otro lado, como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos.

También se ha señalado que de este derecho se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada[[8]](#footnote-8).

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

**4.2. El Precedente Constitucional.**

La Corte Constitucional tiene a su cargo “*la guarda de la integridad y supremacía* *de la Constitución[[9]](#footnote-9)*”, así pues, es la encargada de fijar los efectos de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior[[10]](#footnote-10).

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

Así pues la máxima autoridad constitucional ha señalado que en los fallos de constitucionalidad, su carácter obligatorio se desprende de los efectos *erga omnes,* así como de la cosa juzgada constitucional de que están revestidos[[11]](#footnote-11); por ello, se ha precisado que las razones o motivos de la decisión de las sentencias de juicio abstracto contienen la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados, y por tal razón, deben ser atendidas por las autoridades judiciales, para que la aplicación del derecho sea conforme a la Carta Política[[12]](#footnote-12).

En torno a los fallos de revisión de tutela, se ha referido que el respeto de su *ratio decidendi*, logra la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y la confianza legítima. Igualmente, se ha destacado que cuando se trata de sentencias de unificación y de control abstracto de constitucionalidad, basta un pronunciamiento para que exista un precedente, lo anterior debido a que *“las primeras, unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos y, las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política[[13]](#footnote-13)”.*

En este orden, el desconocimiento del precedente constitucional, “*independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique, es decir, como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo, no solo conlleva la trasgresión de las garantías fundamentales a la igualdad y al debido proceso, sino que también vulnera el principio de supremacía constitucional.[[14]](#footnote-14)”*

De conformidad con lo expuesto, el precedente Constitucional debe ocupar un lugar privilegiado en el análisis del caso por parte del juez de la causa, pues de lo contrario, se quebrantan los principios Constitucionales de la igualdad y la supremacía de la Carta Política, y es que para quienes administran justicia, respetar la jurisprudencia de la máxima corporación constitucional es un deber, especialmente, porque es a través de la función jurisdiccional de la Corte Constitucional que se garantiza la eficacia de los derechos constitucionales a los asociados[[15]](#footnote-15).

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

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

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

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

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

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

Respeto de este beneficio, la Corte Constitucional ha venido abordando su estudio para determinar el alcance del mismo, de acuerdo con las disposiciones constitucionales superiores, es así como en la sentencia **C-168 de 1995**, determinó que sin importar cuál era la vinculación anterior, las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, pero las demás condiciones para acceder al derecho pensional, serían las fijadas en la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, en la sentencia **C-258 de 2013**, la Corte estudió la constitucionalidad de la expresión *“durante el último año”* contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y efectuó una interpretación de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993,  determinando que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición y advirtió además que no consideraba que existiera una “*razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad”.*

Por su parte, en la sentencia **T-078 de 2014,** la Corte Constitucional reafirmó el precedente de la sentencia C-258 de 2013, al establecer que el monto de la pensión se fijaba con base en lo dispuesto en el régimen especial, mientras que el ingreso base de liquidación se aplicaba de forma independiente al monto y con sujeción a lo previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

En contraste con lo anterior, ha sido posición reiterada del Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, el entender que los beneficiarios del régimen de transición pensional deben ser liquidados en su integralidad con el régimen que los 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 2016[[16]](#footnote-16) 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 resolutiva de la referida sentencia de control constitucional, “las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.*

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

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

*2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica.****La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional****. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.*

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

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

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

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

Ahora bien, en reciente pronunciamiento del 28 de agosto de 2018[[17]](#footnote-17), la Sala Plena del Consejo de Estado modificó la posición jurisprudencial que venía fijada por la Sección Segunda de dicha Corporación, en la cual se inclinó por la posición adoptada por la Corte Constitucional, pero conservando algunos matices particulares, en dicho pronunciamiento señaló la Alta Corporación:

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

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

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

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

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

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

En este orden, se observa que venían coexistiendo dos posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen de transición pensional en la liquidación de la asignación, no obstante dado el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado que se ha inclinado sustancialmente en dirección a la tesis sostenida por la Corte Constitucional, resulta claro que se debe continuar acogiendo el criterio adoptado como precedente constitucional por la H. Corte Constitucional, el cual se viene aplicando por la Sala incluso desde antes del pronunciamiento del 28 de agosto de 2018, lo cual se acompasa con la nueva postura del Consejo de Estado, dado que la Corte Constitucional en este sentido ha creado una regla de interpretación que no puede ser desconocida por el operador judicial, toda vez que se trata de una extensión misma del texto constitucional, según la cual, el monto de la pensión reconocida en favor de quienes son beneficiarios del régimen de transición 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. Caso concreto.**

**5.1 Hechos relevantes probados**

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

* + 1. Obra en el expediente Resolución No. GNR 36966 del 01 de febrero de 2017, mediante la cual Colpensiones reconoce el pago de una pensión de vejez a la señora Herlinda Sepúlveda González. (fls. 16-24)
    2. Obra en el expediente Resolución No. SUB 18809 del 24 de marzo de 2017, proferida por Colpensiones, mediante la cual se resuelve reliquidar la pensión de vejez a la señora Herlinda Sepúlveda González. (fls. 28-38)
    3. Obra en el expediente certificado expedido por “Profesional Especializado de la Secretaría de Salud Departamental asignada para la atención de la liquidada Empresa Social del Estado Hospital Universitario de Cartagena según Decreto 106 de febrero 29 de 2016” de fecha 10 de junio de 2016. (fls. 45- 48)

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

En el sub judice pretende la demandante la nulidad de la Resolución No. GNR 36966 de fecha 01 de febrero de 2017, mediante la cual se le reconoce el pago de una pensión de vejez; nulidad de la Resolución No. SUB 18809 del 24 de marzo del 2017, mediante la cual Colpensiones le reliquida las mesadas pensionales.

Como restablecimiento del derecho, solicita la accionante se ordene la reliquidación de su pensión a partir del veintiuno (21) de abril de dos mil trece (2013), incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

El Juez de primera instancia concedió las pretensiones, al considerar que en el presente caso la demandante tiene derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo como factor salarial la prima técnica y la prima de antigüedad, toda vez que estos factores se encuentran enlistados en las normas que cobijan a la accionante y además fueron objeto de descuentos por aportes; pero teniendo en cuenta los últimos 10 años de servicios.

Ambas partes apelaron el fallo de primera instancia. La parte accionada, solicita la revocatoria del mismo, señalando en síntesis, que no es procedente acceder a la condena impuesta por el juez, considerando que los únicos factores salariales que se deberán tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

A su turno la parte actora, apeló la decisión de primera instancia, señalando en síntesis, que el A quo desconoció el precedente del Consejo de Estado, establecido en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, en el que dispone la liquidación de las pensiones regidas por la ley 33 de 1985, cuya sentencia estableció liquidar la pensión con el promedio del último año de servicio e incluir los factores salariales devengados en el este.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto de la apelación.

De acuerdo con el material probatorio arrimado al expediente, se tiene que la señora Herlinda Sepúlveda González, es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que para la fecha en que entró a regir esta ley – 1° de Abril de 1994-, tenía más de 35 años de edad; cumpliendo así con uno de los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo.

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

Así las cosas, no es posible aplicarle a la señora Herlinda Sepúlveda González, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, sino que debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada; dado lo anterior, es dable precisar que el IBL para liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición se determinan conforme al artículo 21 de la ley precitada, es decir 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.

Por otra parte, es necesario precisar, que la exclusión del IBL del régimen de transición, en nada afecta la inclusión de todos los factores devengados, sobre los cuales se hayan realizado los aportes, con la condición que estén enlistados en el Decreto 1158 de 1994, para efectos de liquidar la pensión.

Observa esta Corporación, que se encuentra acreditado con el certificado expedido por “Profesional Especializado de la Secretaría de Salud Departamental asignada para la atención de la liquidada Empresa Social del Estado Hospital Universitario de Cartagena según Decreto 106 de febrero 29 de 2016” de fecha 10 de junio de 2016 (fls. 45- 48); que la accionante en el periodo comprendido en los 10 últimos años laborados (1993-2003), devengó los siguientes factores salariales: Asignación básica, subsidio de transporte, prima de alimentación**, bonificación por servicio**, bonificación por antigüedad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad, **promedio recargo mensual (remuneración por trabajo suplementario).** De los factores mencionados, se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994 la **bonificación por servicios y la remuneración por trabajo suplementario**, siendo procedente la inclusión de estos dos factores en la reliquidación deprecada.

Finalmente es necesario precisar, que el período que se debe tener en cuenta para la reliquidación es el comprendido entre 1993 a 2003; debido a que si bien la actora aportó certificación laboral (fls. 30-32) correspondiente al período 2008 a 2010, no acreditó los factores devengados y sobre los cuales se hiso los aportes correspondientes; lo cual si acreditó respecto del período 1993-2003 (fls. 45-48).

En este sentido, precisa la Sala que le asiste razón al A quo por cuanto ordenó reliquidar y pagar la pensión de vejez de la demandante teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados conforme al Decreto 1158 de 1994, en los últimos 10 años laborados. Siendo así las cosas, se confirmará el fallo apelado de fecha treinta y uno (31) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

**5.3. Condena en costas en segunda instancia**

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

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

**IV. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada de treinta y uno (31) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido por la señora HERLINDA SEPULVEDA GONZALEZ contra COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en ambas instancias.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

**LOS MAGISTRADOS**

**ORIGINAL CON FIRMA**

|  |
| --- |
| **LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**  **ORIGINAL CON FIRMA ORIGINAL CON FIRMA**  **ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL** |

1. Folios 109-132. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 134-135. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 136-142. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 5 y 9, cuaderno de 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 12-13, cuaderno de 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 14-15, cuaderno de 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-039 de 2017. [↑](#footnote-ref-7)
8. sentencia T-013 de 2011. [↑](#footnote-ref-8)
9. Artículo 241 Constitución Política de Colombia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-018 de 2018 [↑](#footnote-ref-10)
11. Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia T-410 de 2014 [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia T-233 de 2017. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ibídem [↑](#footnote-ref-14)
15. T-410 de 2014. [↑](#footnote-ref-15)
16. Exp. 2013-01541 (4683-2013). [↑](#footnote-ref-16)
17. Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01. [↑](#footnote-ref-17)