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** | 13-001-33-33-014-2017-00082-01 |
| **Demandante** | GLADYS OROZCO DE REJTMAN  |
| **Demandado** | UGPP  |
| **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 tres (03) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto 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*

*Que se declare la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:*

1. *Resolución RDP 018625 del 12 de mayo de 2016 por medio de la cual se niega una reliquidación.*
2. *Resolución RDP 028065 del 29 de julio de 2016 por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición.*

1. *La nulidad parcial de la Resolución RDP 035309 del 22 de septiembre de 2016 por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación.*
2. *Que como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos, se restablezca en su derecho al actor condenado a la demanda:*
3. *Reliquidar la pensión de jubilación de mi poderdante a partir del 14 de noviembre de 2013 aplicándole la ley 33 de 1985 (por ser beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 de 1993) y en concordancia con el artículo 36 de la ley 100 para determinar el IBL y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados: sueldo o asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicio, prima de servicio, prima técnica, bonificación especial por recreación, sueldo de vacaciones, compensación de vacaciones, subsidio y/o prima de alimentación, prima o pago de antigüedad y cualquier otro valor devengado que constituyan factor salarial debidamente actualizado anualmente con base en IPC. Y en cuantía del 75% del IBL.*
4. *A establecer y pagar las diferencias pensionales que resulte de lo pagado como consecuencia del reconocimiento pensional y lo que deba pagar en cumplimiento de la sentencia a partir del 14 de noviembre de 2013.*
5. *A indexar todas las sumas reconocidas y a pagar.*
6. *A efectuar los reajustes automáticos de Ley a que haya lugar a partir de la fecha de adquisición del derecho.*
7. *A ajustar el valor de las condenas con base en el índice del precio al consumidor articulo 187 CPACA (ley 1437 de 2011) de conformidad los artículo 11, 21, y 36 de la ley 100 de 1993 y el principio de favorabilidad art. 53 C.N.*
8. *Al cumplimiento de la sentencia en los términos del articulo 192, 194 y 195 del CPACA (ley 1437 de 2011).*
9. *Al pago de las costas articulo 188 CPACA (ley 1437 de 2011).”*

**1.2. HECHOS**

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

* Se aducen en los hechos de la demanda que, la señora GLADYS OROZCO DE REJTMAN, laboró desde el 15 de julio de 1971 hasta el 17 de enero de 1990 en la Gobernación de Bolívar, a partir de ahí fue vinculada por Decreto a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena hasta el 13 de noviembre de 2013 en calidad de empleado público; es decir laboró como empleada pública durante 42 años, 3 meses y 28 días.
* Indica la accionante que nació el 25 de diciembre d e1943, por lo cual al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 tenía más de 50 años de edad y 23 años de servicio, por lo tanto sería beneficiaria del régimen de transición consagrado en la ley mencionada.
* Mediante Resolución No. 06063 del 19 de marzo de 2003, CAJANAL le reconoció pensión de jubilación bajo lo estipulado en la ley 33 de 1985 y la ley 100 de 1993.
* Señala la parte accionante que el valor de la mesada pensional le fue liquidada con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 7 años y 9 meses (1994 al año 2001), conforme al artículo 36 de la ley 100 de 1993; sin incluirle todos los factores salariales puesto que solo tuvieron en cuenta la asignación básica, horas extras y bonificación por servicio; arrojando un promedio mensual según la liquidación realizada por CAJANAL de $740.044,86, siendo el 75% de dicha suma $555.033,65, valor por el cual le fue reconocida la pensión a partir del 1ro de enero de 2002 luego de haber demostrado el retiro del servicio.
* Arguye la accionante que mediante decreto 1503 del 13 de diciembre de 2011 le fue aceptada la renuncia, a partir del 01 de febrero, pero ella continuó trabajando debido a que CAJANAL no la incluyó en nómina, por lo cual mediante decreto 0175 del 09 de febrero de 2012 se estipuló como fecha de retiro el 31 de marzo de 2012; para la fecha anterior tampoco fue incluida en nómina.
* Laboró en la secretaría de Educación Distrital hasta el 13 de noviembre de 2013, siendo retirada del servicio mediante decreto 1405 del 05 de noviembre; cuando fue incluida en nómina para la pensión, no se efectuó la reliquidación correspondiente.
* Señala la accionante que solicitó la reliquidación de su pensión con el último año de servicio, la cual fue negada mediante Resolución RDP 022321 del 02 de junio de 2015, confirmada mediante resolución RDP 035240 del 27 de agosto del 2015 (resuelve recurso de reposición), y resolución RDP 038955 del 22 de septiembre del 2015 (resuelve recurso de apelación).
* Mediante escrito de fecha 20 de enero del 2016, la accionante solicitó nuevamente reliquidación de la pensión de jubilación, la cual fue negada a través de resolución RDP 018625 del 12 de mayo de 2016 y confirmada por la Resolución RDP 28065 del 29 de julio de 2016.
* Arguye la accionante que la UGPP, mediante resolución RDP 035309 del 22 de septiembre de 2016, se resolvió recurso de apelación y se revocó resolución RDP 018625 del 12 de mayo de 2016, ordenó la reliquidación de la pensión de la señora Gladys Orozco aplicando la ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores salariales devengados entre el 19 de febrero de 2009 y el 13 de noviembre de 2013, entre los factores solo incluye la asignación básica mensual, la bonificación por servicio y la prima de antigüedad.
* Por último, manifiesta la parte accionante que además de los factores salariales devengados en el periodo mencionado anteriormente, también deben incluir son los siguientes: prima técnica, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad. Igualmente indica que se debe tener en cuenta los factores estipulados en el Decreto 1159 de 1994, cuyo decreto menciona la prima técnica, la cual no se le fue tenida en cuenta.

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

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

Artículo 36 de la ley 100 de 1993, ley 33 de 1985, ley 62 de 1985 y Decreto 1158 de 1994.

Arguye la parte el accionante, que es beneficiario del régimen de transición estipulado en la ley 100 de 1993, por ende para el reconocimiento de su pensión se debía tener en cuenta la ley 33 de 1985; indica la vulneración de la norma en mención, ya que en la liquidación de su pensión no se tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados.

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

Mediante sentencia de fecha tres (03) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda, manifestando lo siguiente:

Señala el Juez de primera instancia que en el presente caso la demandante tiene derecho a que su pensión de jubilación se liquide tomando como base los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994, que se encuentran acreditados durante los últimos 3 años y 6 meses de servicios. Dado lo anterior, considera el A quo que es procedente ordenar la reliquidación de pensión de la accionante incluyendo la prima técnica devengada en el tiempo que hacía falta para adquirir el estatus pensional, inmediatamente anterior al año de retiro del servicio.

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.

En primer lugar, manifiesta la parte accionada que no hay duda que el régimen aplicable a la accionante es el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Señala que la interpretación que en su momento realizó el Consejo de Estado, respecto a la aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en cuanto al monto pensional y a los factores salariales se refiere, resulta total y abiertamente contradictoria con la interpretación constitucional a través de la sentencia C-258 de 2013 y el precedente judicial consolidado de la Corte Suprema de Justicia, siendo así las cosas habrá lugar a adoptar lo estipulado por el máximo órgano Constitucional en cuanto al artículo mencionado.

Por lo expuesto anteriormente, solicita el apelante se de aplicación al criterio interpretativo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, estipulado en la sentencia C-258 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, cuya interpretación es la siguiente:

*“a) El beneficio derivado del régimen de transición consiste –en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo.*

*b) El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición.*

*c) El régimen de transición respeta edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión del régimen anterior referido solamente a la tasa de reemplazo, como quiera que la intención del legislador fue impedir que el Ingreso Base de Liquidación de los regímenes anteriores tuviera efectos ultractivos, por lo que las reglas para calcular el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, debe ser:*

*i. Para las personas que a 1 de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el Ingreso Base de Liquidación será el promedio de lo cotizado durante el tiempo transcurrido entre el 1 de abril de 1994 y el cumplimiento de los mencionados requisitos.*

*ii. Para las personas que a 1 de abril de 1994 les faltare más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el Ingreso Base de liquidación será el promedio de lo aportado durante los últimos 10 años.*

*iii. Para cualquiera de los casos el ingreso Base de Liquidación será el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior y contare con más de 1250 semanas cotizadas.*

*2. Los factores a tenerse en cuenta serán los que tengan el carácter remunerativo y sobre los cuales se haya realizado cotización en la vida laboral al Sistema General de Pensiones, es decir por regla general serán los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, más los factores que por disipación legal teniendo el carácter remunerativo sirvan como base de cotización al Sistema General de Pensiones.”*

Arguye el accionado, que al acceder a cancelas tales factores prestacionales, se tipificaría una transgresión al principio de sostenibilidad presupuestal.

1. **Trámite procesal de segunda instancia[[3]](#footnote-3).**

Mediante auto de fecha veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada, 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 demandada[[4]](#footnote-4).**

La parte accionada, solicita se revoque la sentencia de primera instancia por ende 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 la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social -UGPP-, reliquide la pensión de jubilación de la parte demandante, incluyendo como factor salarial la prima técnica durante el tiempo comprendido entre el 13 de mayo de 2010 y el 13 de noviembre de 2013?*

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 CONFIRMARÁ la sentencia apelada, en consideración a que en el *sub judice* a la demandante le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión del factor salarial de prima técnica, efectivamente cotizado entre el periodo del 2010 al 2013, cuyo factor se encuentra enlistado 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[[5]](#footnote-5) 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[[6]](#footnote-6).

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[[7]](#footnote-7)*”, así pues, es la encargada de fijar los efectos de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior[[8]](#footnote-8).

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[[9]](#footnote-9); 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[[10]](#footnote-10).

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[[11]](#footnote-11)”.*

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.[[12]](#footnote-12)”*

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[[13]](#footnote-13).

**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[[14]](#footnote-14) 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[[15]](#footnote-15), 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:

5.1.1. Obra en el expediente Resolución RDP 035309 del 22 de septiembre de 2016, proferida por la UGPP, mediante el cual se ordena reliquidar la pensión de jubilación de la señora Gladys Orozco de Rejtman. (fls. 61-67)

5.1.2. Obra en el expediente “Certificación de salarios mes a mes para liquidar pensiones del Régimen de Prima Media” de fecha 19 de agosto de 2016, expedido por la Alcaldía Mayor de Cartagena- Secretaria de Educación Distrital (fls. 70-75);

**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. RDP 018625 del 12 de mayo de 2016, por medio del cual se negó la reliquidación de la pensión de la accionante; nulidad de la Resolución No. RDP 028065 del 29 de julio de 2016 en la que se resuelve recurso de reposición interpuesto contra la primera resolución en mención, confirmándola en todas sus partes y la nulidad parcial de la Resolución RDP 035309 del 22 de septiembre de 2016 por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación.

Como restablecimiento del derecho, solicita la accionante se ordene la reliquidación de su pensión a partir del 14 de noviembre de 2013, aplicándole la ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición; y en concordancia con el artículo 36 de la ley 100 de 1993 determinar el IBL, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, debidamente actualizados con base IPC y en cuantía del 75% del IBL.

El A quo en el fallo de primera instancia, señaló que en el presente caso la demandante tiene derecho a que su pensión de jubilación se liquide tomando como base los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994, que se encuentran acreditados durante los últimos 3 años y 6 meses de servicios de la accionante.

Dado lo anterior, procedió el juez de primera instancia a conceder las pretensiones de la demanda; declaró la nulidad de la Resolución No. RDP 035309 del 22 de septiembre de 2016, proferida por la UGPP, y a título de restablecimiento del derecho ordenó la reliquidación de la pensión de la accionante incluyendo como factor salarial además del 75% del salario básico, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios prestados ya reconocidos, la prima técnica devengada dentro del tiempo que le hacía falta para adquirir el estatus pensional a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 es decir en los tres (3) años y seis (6) meses inmediatamente anteriores a la fecha de retiro del servicio (entre el 13 de mayo de 2010 y 13 de noviembre de 2013); señala el A quo que la entidad accionada deberá efectuar junto con la reliquidación, los descuentos por aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal.

A su turno, la accionada interpuso recurso de apelación contra la sentencia, solicitando su revocatoria; argumentando en síntesis, que nohay duda que el régimen aplicable a la accionante es el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; pero que para su aplicación, se debe aplicar es el criterio interpretativo consagrado en la sentencia C-258 de 2013 y el precedente judicial consolidado de la Corte Suprema de Justicia.

Arguye la accionada, que al acceder a cancelar tales factores prestacionales, se tipificaría una transgresión al principio de sostenibilidad presupuestal.

En este contexto, de acuerdo con el material probatorio arrimado, se tiene que la señora Gladys Orozco de Rejtman, 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 Gladys Orozco de Retjman, 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.

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.

En este orden, observa esta Corporación, que se encuentra acreditado con el documento de “Certificación de salarios mes a mes para liquidar pensiones del Régimen de Prima Media” de fecha 19 de agosto de 2016, expedido por la Alcaldía Mayor de Cartagena- Secretaria de Educación Distrital (fls. 70-75); que la accionante en el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2010 y el 13 de noviembre de 2013, devengó los siguientes factores salariales: Asignación básica, prima técnica, prima de antigüedad, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación recreación; sin embargo en la resolución RDP 035309 del 22 de septiembre de 2016 (fls. 61-67) solo se tuvieron en cuenta la asignación básica, bonificación por servicios y prima de antigüedad; por lo que es procedente la reliquidación deprecada, con inclusión de la prima técnica, la cual se encuentra enlistada en el Decreto 1158 de 1994.

En este sentido, precisa la Sala que le asiste razón al A quo por cuanto ordenó reliquidar y pagar la pensión de vejez del demandante teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados conforme al Decreto 1158 de 1994, en el tiempo faltante para adquirir el derecho pensional, al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993. Siendo así las cosas, se confirmará el fallo apelado de fecha tres (03) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto 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 fecha tres (03) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto 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 GLADYS OROZCO DE REJTMAN contra la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES (UGPP), 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 141-149. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 154-164. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 5 y 8, cuaderno de 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 11-21, cuaderno de 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-039 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. sentencia T-013 de 2011. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 241 Constitución Política de Colombia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-018 de 2018 [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. Sentencia T-410 de 2014 [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia T-233 de 2017. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibídem [↑](#footnote-ref-12)
13. T-410 de 2014. [↑](#footnote-ref-13)
14. Exp. 2013-01541 (4683-2013). [↑](#footnote-ref-14)
15. Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01. [↑](#footnote-ref-15)