



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, veintiséis (26) de mayo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	150012333000-2016-00305-00
DEMANDANTE:	SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN - SERVIDOR DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotadas las etapas procesales precedentes, procede la Sala a proferir sentencia en los términos del artículo 187 del CPACA.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Declaraciones y condenas (fls. 3-4):

El señor **SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ**, a través de apoderada judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra **COLPENSIONES**, con el objeto de que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. GNR 276586 del 28 de octubre de 2013, GNR 97586 del 6 de abril de 2015 y VPB 75173 del 16 de octubre de 2015, a través de las cuales la entidad accionada reconoció la pensión de jubilación del demandante.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la parte demandada a (i) reliquidar la pensión de jubilación reconocida al accionante, teniendo en cuenta la integridad del artículo 6° del Decreto 546 de 1971, esto es, en un 75% de la asignación mensual más elevada del último año de servicios, incluyendo la totalidad de los factores salariales percibidos; (ii) pagar indexado el retroactivo surgido desde la fecha en que adquirió el estatus

de pensionado; (iii) pagar los intereses moratorios y (iv) condenar el costas y agencias en derecho.

1.2. Fundamentos fácticos (fls. 4-5):

Como fundamentos fácticos, la parte demandante enunció los que se resumen enseguida:

Que mediante **Resolución No. GNR 276586 del 28 de octubre de 2013**, COLPENSIONES le reconoció al actor una pensión de jubilación en cuantía de **\$3.854.035**.

Que contra dicho acto se interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron desatados, el primero, a través de la **Resolución No. GNR 97589 del 6 de abril de 2015**, reconociendo que la pensión del actor se regula por el artículo 61 del Decreto 546 de 1971, procediendo a reajustarla a la suma de **\$5.134.818**; y el segundo, por medio de la **Resolución No. VPB 75173 del 16 de diciembre de 2015**, confirmando los dos actos administrativos anteriormente referidos.

Que COLPENSIONES al momento de liquidar su pensión, lo hizo con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años de servicio, cuando lo correcto era el *"75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio"*, esto es, el mes de octubre de 2002 en el Ministerio Público en su calidad de Procurador Judicial II ante el Tribunal.

1.3. Fundamentos de derecho (fls. 5-8):

La parte actora señaló como normas violadas las siguientes:

Constitucionales: Preámbulo y artículos 2, 4, 13, 25, 29, 46, 48, 53 y 58.

Legales: Artículo 6 del Decreto No. 546 de 1971; incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; artículo 12 del Decreto No. 717 de 1978, modificado por el artículo 4 del Decreto No. 911 del mismo año; y artículos 1º, 9, 13 y 21 del CST.

En síntesis, sostuvo que el accionante era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y pese a que solicitó el reconocimiento de la pensión bajo el régimen especial previsto para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Procuraduría General de la Nación, por cumplir y acreditar los requisitos exigidos en el Decreto No. 546 de 1971, la accionada liquidó el monto de la pensión erróneamente, pues tuvo en cuenta *"el promedio de lo*

devengado en los últimos 10 años de servicio" y no el 75% de que trata la norma.

Consideró que bajo los principios de inescindibilidad normativa y favorabilidad laboral, es claro que la pensión del demandante se encuentra regulada por el Decreto No. 546, pues bajo dicha norma el servidor adquirió su derecho pensional, derecho que no pierde por haber seguido cotizando después de su retiro de la Procuraduría General de la Nación el 30 de septiembre de 2002, esto es, como trabajador de la UPTC, lapso que no está utilizando para efectos pensionales y al cual renuncia.

Trajo a colación la sentencia T-631 de 2002, en la cual la Corte Constitucional expuso que el IBL de la pensión de jubilación del demandante debía corresponder a la asignación más elevada del último año de servicios.

Adujo que el perjuicio grave sufrido por el actor, esto es, el no reconocérsele su pensión de acuerdo a la normatividad aplicable a su caso, daba lugar al reconocimiento y pago de la pensión en sumas debidamente indexadas y sobre el total de los intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la Ley.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 125-140)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones del medio de control, alegando que se efectuó el estudio de la prestación pensional de acuerdo al Decreto 546 de 1971, con los factores salariales del artículo 12 del Decreto 717 de 1978, en concordancia con lo establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Indicó que en el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación se confirmó la decisión de reliquidar la pensión de actor, en virtud al principio de favorabilidad, pues al hacer un nuevo estudio, atendiendo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 que cobijaba la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, pero los factores de la base de liquidación de la prestación estaban regulados por el Decreto No. 1158 de 1994, que los relacionaba de forma taxativa, arrojó un valor inferior al reconocido.

Además, agregó que, conforme a la jurisprudencia vigente, la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-429 de 2016, precisó que el marco temporal del cálculo correspondía a los últimos 10 años de servicios o al tiempo que le hiciera falta para consolidar

el derecho, tomando como referencia la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

Expresó que de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantarían los principios de igualdad, solidaridad y sostenibilidad presupuestal, ocasionando inseguridad jurídica y un detrimento a los demás afiliados por generar beneficios desproporcionados.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó "*inexistencia del derecho y la obligación*", "*improcedencia de los intereses moratorios*", "*improcedencia de la indexación*", "*cobro de lo no debido*", "*buena fe de Colpensiones*", "*prescripción*" y la "*innominada o genérica*".

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 14 de octubre de 2016 (fls. 112-115). Por auto de fecha 31 de agosto de 2017 (fl. 164) se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial, la cual tuvo lugar el 5 de octubre de ese año (fls. 167-170 y CD fl. 170vto.). En razón a que las pruebas decretadas fueron documentales, se dispuso que una vez allegadas se pusieran en conocimiento de las partes (fl. 170) y, posteriormente, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 220).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandada (fls. 221-227):

Reiteró los argumentos aducidos en la contestación de la demanda.

4.2. La parte demandante, guardó silencio.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del CPACA, la Sala no encuentra hasta este momento procesal causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada dentro del trámite.

2. CUESTIÓN PREVIA

Respecto de las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada, en la audiencia inicial se señaló que los razonamientos referidos a la “inexistencia del derecho y la obligación”, a la “improcedencia de los intereses moratorios”, a la “improcedencia de la indexación”, al “cobro de lo no debido”, a la “buena fe de Colpensiones”, y a la “innominada o genérica”, en realidad no constituyen medios exceptivos sino argumentos de defensa¹ que se analizarían junto con el fondo del asunto, cuestión que se reitera en este momento. Asimismo, se insiste en que la comúnmente denominada excepción genérica no tiene tal connotación, sino que hace referencia a una facultad del juez que está consagrada en el artículo 187 del CPACA.

De otro lado, la configuración o no de la prescripción se analizará en caso de concluir que al actor le asiste el derecho pretendido.

3. PROBLEMA JURÍDICO

En la audiencia inicial se planteó como problema jurídico a resolver el siguiente (fl. 168 vto.):

¿Tiene derecho el demandante a que su pensión mensual vitalicia de vejez, se reliquide teniendo en cuenta la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, en virtud del artículo 6° del Decreto 546 de 1971 y no con base en lo percibido en los últimos diez años, tal como liquidó dicha prestación la entidad demandada?

De la interpretación de los argumentos de las partes y la normatividad aplicable al caso, la Sala anuncia la posición que asumirá así:

¹ Devis Echandía, Hernando. Teoría general del proceso. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 229: “(...) Cuando el demandado o el imputado se contentan con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o de la imputación o con afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión, pero no existe excepción, sino una **simple defensa**. Sin embargo, en los procesos civiles y laborales como también en algunos contencioso-administrativos, el demandado no se limita por lo general a esa discusión, sino que afirma, por su parte, **la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en ésta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante; en estos casos se dice que propone o formula excepciones**. // Esos hechos nuevos o distintos de los que fundamentan la demanda, o que representan diferentes modalidades de éstos, y que constituyen las excepciones, pueden ser **extintivos, impeditivos, modificativos o dilatorios**. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

3.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala:

*Siguiendo el precedente establecido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en **sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018**, que acogió la tesis prohijada por la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-258 de 2013, la correcta interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contentivo del régimen de transición pensional, consiste en la remisión al régimen anterior en lo atinente a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la prestación, este último entendido como el porcentaje a aplicar al IBL para efectos de determinar el valor de la mesada. Empero, el IBL tanto en lo que respecta al marco temporal del cálculo como a los factores a incluirse en la base de liquidación, corresponden a lo estatuido en la aludida Ley 100 de 1993.*

Este criterio es aplicable a los reconocimientos pensionales efectuados a favor de los servidores judiciales beneficiarios del régimen de transición, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia de las diferentes secciones del órgano de cierre de esta jurisdicción.

*Por ende, la Sala considera improcedente que la pensión de jubilación del demandante se liquide tomando como **IBL** la asignación mensual más alta percibida durante el último año de servicios, ya que esta tesis, si bien era la que imperaba en la jurisdicción administrativa antes del 28 de agosto de 2018, actualmente no goza de sustento jurídico en virtud del precedente vigente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.*

Por lo tanto, las pretensiones de la demanda se desestimarán.

4. ANÁLISIS DE LA SALA

Revisado el expediente, se observa que mediante **Resolución No. GNR 276586 del 28 de octubre de 2013**, COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez al demandante, efectuando la liquidación de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, en el monto del 71.42%, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 (fls. 16-20).

Que contra el acto anterior se interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación (fls. 22-27), siendo desatado el primero, a través de la **Resolución No. GNR 97586 del 6 de abril de 2015**, por medio de la cual se reliquidó la pensión de vejez del actor “*teniendo en cuenta lo*

establecido en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971 (75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio), incluyendo como ingreso base de cotización los factores salariales establecidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, en concordancia con lo establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978", ello, aplicado por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, supeditado que se ingrese en nómina hasta tanto se acredite el retiro definitivo del servicio (fls. 28-31).

Que el recurso de apelación fue resuelto a través de la **Resolución No. VPB 75173 del 16 de diciembre de 2015**, acto que, en virtud del principio de favorabilidad, confirmó la Resolución No. GNR 97586 de 2015, que modificó la Resolución No. GNR 276586 de 2013, bajo los siguientes argumentos (fls. 33-37):

*"(...) se procederá a efectuar el estudio de la solicitud en los términos del precedente judicial emanado en **Sentencia de Unificación 230 de 2015** que fue adoptado para el estudio pensional de esta entidad mediante la Circular 16 del 06 de agosto de 2015 la cual es de obligatorio cumplimiento por parte de la Gerencia Nacional de Reconocimiento y así también para la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de esta entidad.*

Que para obtener el ingreso base de liquidación de la presente prestación, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; el cual establece:

"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."

Que para obtener el ingreso base de cotización de la presente prestación, se toman los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994, según el caso.

(...)

Que **una vez realizado el estudio de la solicitud de reliquidación** y/o retroactivo, **se establece que no se generaron valores a favor del pensionado. Por el contrario, el valor arrojado es inferior al que se le había reconocido.** Así las cosas, teniendo en cuenta que no existen motivos de hecho o derecho que permitan generar retroactivo alguno o incrementar la mesada pensional, se niega la solicitud de reliquidación.

En ese orden de ideas la presente reliquidación se realizó con las normas antes transcritas es decir con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio dando como resultado una mesada inferior." (Subraya del texto original y negrita de la Sala).

Ahora bien, con la demanda se pretende que la pensión reconocida al señor **SILVESTRE BARRERA SÁNCHEZ** se liquide con sujeción a todos los elementos estatuidos en el artículo 6° del Decreto No. 546 de 1971, el cual preceptúa lo que sigue:

“(...) ARTÍCULO 6°. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales 10 hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas. (...)”

No obstante, la aplicación de esta norma se encuentra supeditada a las reglas del régimen de transición contempladas en los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

*“(...) 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.***

*<Aparte tachado inexecutable> **El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (...)”** (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

En ese orden de ideas, el ingreso base de liquidación, tanto en lo relativo a los conceptos salariales que lo integran como en lo que respecta al marco temporal del cálculo, no son aspectos sometidos a remisión, sino que se rigen por lo dispuesto en el inciso 3° precitado. Esta conclusión se deriva de la interpretación que la Corte Constitucional fijó en múltiples providencias frente texto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (comenzando por la sentencia C-258 de 2013) y que fue condensada en la sentencia SU-023 de 2018, así:

“(...) 5.1.3. Reglas de la jurisprudencia constitucional aplicables al régimen de transición y, en particular, al IBL

97. Como conclusión del análisis que antecede, las principales reglas jurisprudenciales, en cuanto al alcance del régimen de transición que estatuyó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derivadas del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-258 de 2013) y del alcance de los derechos fundamentales que involucra, decantadas en las sentencias de unificación antes citadas, son las siguientes:

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

(...)

101. (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.

102. (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.

103. (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.

104. (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. (...)”² (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Las reglas transcritas fueron acogidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia de unificación dictada el 28 de agosto de 2018:

“(...) 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,

² C. Const., SU-023, abr. 5/2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

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. (...)”³

A pesar de que en esta sentencia el Consejo de Estado analizó la aplicación del régimen de transición respecto de los empleados que antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones estaban cobijados por la Ley 33 de 1985, la *ratio decidendi* es aplicable a los regímenes especiales, como el de la Rama Judicial y el Ministerio Público, en razón a que la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se sentó en abstracto. En esta línea se ha pronunciado la Sección Segunda del Alto Tribunal, conforme puede verse a continuación:

“(…) 3.3 **Problema jurídico.** De acuerdo con el recurso de apelación, corresponde en esta oportunidad a la Sala (i) determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación de conformidad con el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, o por el contrario, le es aplicable la Ley 100 de 1993 (...); y (ii) de ser cierta la primera hipótesis, establecer si el ingreso base de liquidación pensional debe calcularse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la mencionada Ley 100.

(…)

De acuerdo con la anterior normativa y la jurisprudencia citada, nótese que en criterio de la Corte Constitucional y la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado **en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliados al entrar en vigor aquella;** por ende, en virtud del principio de favorabilidad, la correspondiente entidad de previsión social, al momento de la liquidación pensional deberá determinar el ingreso base de liquidación que le fuera más benéfico al pensionado, en la medida en que la Ley 100 de 1993 permite optar por (i) el promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hiciera falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 (1° de abril de 1994) y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) el promedio de lo aportado durante todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor (IPC); o (iii) el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, conforme al artículo 21 *ibidem* (sic).

(…)

³ C.E., Sala Plena, Sent. Unificación 2012-00143 (4403-2013), ago. 28/2018. M.P. César Palomino Cortés.

Por consiguiente, dado que al 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993) al actor le faltaban más de 10 años para adquirir la pensión de jubilación, esta le debe ser calculada con el 75% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993. De acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales relacionados con la materia, en el IBL pensional se deberán incluir los factores sobre los cuales se hayan efectuado los correspondientes aportes, además de los previstos en los Decretos 691 y 1158 de 1994 como ingreso base de cotización (IBC), en atención a las certificaciones de «salarios mes a mes» obrantes en los folios 283 a 285 y 325 del expediente, emitidas por la Fiscalía y la Procuraduría Generales de la Nación. (...)⁴ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En sede de tutela el órgano de cierre de esta jurisdicción ha mantenido la misma posición. Por ejemplo, la Sección Tercera ha sostenido:

“(...) Esta postura [la establecida en la sentencia C-258 de 2013] fue ratificada en la sentencia SU-230 de 2015 y, luego, de manera categórica en la sentencia SU-427 del 2016. Incluso, en la sentencia SU-395 de 2017 se aclaró que **esta interpretación también era aplicable para los regímenes especiales, entre ellos el de la Rama Judicial del que es beneficiaria la ahora accionante. Todas estas providencias establecieron que el único alcance constitucionalmente admisible del artículo 36 de la Ley 100, conforme a la doctrina consolidada de esa Corporación, era el de que el IBL no integra el régimen de transición y, por ello, debe liquidarse con el promedio de lo devengado en los últimos diez años como regla general.**

(...)

La postura jurisprudencial vigente en el Consejo de Estado [sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018], establece que el nuevo criterio pretende garantizar la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe mantener entre lo aportado, lo que el sistema retorna al afiliado y el aseguramiento de la viabilidad financiera de aquel. **Esta interpretación es aplicable a los funcionarios del Ministerio Público y de la Rama Judicial, según se ha evidenciado en la reciente jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado. (...)**⁵ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De igual forma, la Sección Cuarta manifestó:

“(...) En el mismo sentido [el sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018] se pronunció la Corte constitucional a través de la sentencia T-109 de 2019, en la que, al estudiar casos similares al presente, reiteró su interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según la cual esta norma (sic) todos los regímenes anteriores a la expedición de dicha normativa, esto es, **‘cobija tanto a quienes estuvieron afiliados al denominado régimen general (Ley 33 de 1985) como a los demás regímenes especiales (Rama Judicial,**

⁴ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2011-00144 (1502-15), nov. 7/2019. M.P. Carmelo Perdomo Cueter. En el mismo sentido, ver por ejemplo: C.E., Sec. Segunda, Sent. 2011-01418 (0852-15), abr. 11/2019. M.P. Carmelo Perdomo Cueter; y C.E., Sec. Segunda, Sent. 2011-00164 (4183-14), mar. 14/2019. M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁵ C.E., Sec. Tercera, Sent. 2019-01243(AC), jul. 8/2019. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Procuraduría General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, etc.)’.

Es de resaltar que el tribunal constitucional tampoco discrimina entre los regímenes especiales a la hora de establecer y aplicar las reglas del régimen de transición, reglas que, para los efectos del caso concreto, estaban contenidas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y que fueron aplicadas sin vulnerar algún derecho fundamental, es forzoso concluir que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia se dictó respetando el ordenamiento jurídico, diferente que la accionante no la comparta o que la misma no lo favorezca desde una perspectiva económica.

*En suma, hay dos aspectos a destacar: primero, que las sentencias invocadas en la solicitud de amparo no tienen la entidad suficiente para construir un cargo por desconocimiento del precedente, habida cuenta que la tesis que contienen ya fue recogida. Segundo, que **la autoridad accionada no incurrió en ninguna irregularidad al tener en cuenta y fallar el caso de acuerdo a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, ya que esta providencia es aplicable a todos los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, incluido el que regula a los funcionarios de la Rama Judicial.** (...)”⁶ (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Y la Sección Quinta refirió:

*“(...) Según se tiene, lo pretendido por la parte actora, ahora recurrente, es que se dicte una decisión de reemplazo con base en los lineamientos que tenía la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, autoridad judicial demandada, puesto que el 27 de septiembre de 2018, en el proceso 2017-03691, se accedió a las pretensiones de una demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento para lograr la reliquidación de la **pensión de un empleado de la Rama Judicial**, un caso similar al expuesto por la demandante en el proceso ordinario en el cual se profirió la sentencia atacada.*

(...)

*En concordancia con las consideraciones efectuadas a lo largo de esta providencia, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que reiteró en las providencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017, cuya posición prima frente a las de las demás Altas Cortes, por ser el órgano encargado de la guarda de la Constitución, consiste en 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. Regla que incluye a aquellas personas pertenecientes a regímenes especiales, tal y como lo dispuso la reiterada posición fijada por la Corte Constitucional en las sentencias citadas en precedencia.** En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo si este fuere superior (artículo 36) o inferior (artículo 21).*

(...)

Con base en lo anterior, la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de agosto de 2018, fijó las reglas sobre los factores que se

⁶ C.E., Sec. Cuarta, Sent. 2019-05288(AC), feb. 19/2020. M.P. Milton Chaves García.

*deben tener en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen especial previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, postura que se acompasa con lo decidido por la Corte Constitucional, en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017, en las que se indicó que en procura de la sostenibilidad financiera del sistema pensional **todas las pensiones, independientemente del régimen que les sea aplicable, deben liquidarse conforme a los factores salariales frente a los cuales se realizaron efectivamente los aportes.** (...)”⁷ (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

En ese contexto, la pretensión del demandante, encaminada a la reliquidación de la pensión de jubilación tomando como **IBL** la asignación mensual más alta percibida durante el último año de servicios, no está llamada a prosperar, ya que esta tesis, si bien era la que imperaba en la jurisdicción administrativa antes de la expedición de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, actualmente no goza de sustento jurídico en virtud del precedente vigente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Ahora, sin perjuicio de lo anterior, tal y como se observa en el acto que le reliquidó la pensión al actor (Resolución No. GNR 97589 del 6 de abril de 2015), ésta se efectuó conforme al régimen de la Rama Judicial y el Ministerio Público, esto es, **en el equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio** (artículo 6° Decreto 546 de 1971), lo cual arrojó una cuantía pensional de **\$5.134.818**; ello, en razón a que para la fecha de expedición del acto referido, existía una postura jurisprudencial consolidada en torno a la especialidad de dicho régimen, relacionada con el respeto a la edad, el tiempo de servicios y el monto establecidos en la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, aplicable en cada caso.

Por su parte, en el acto que resolvió el recurso de apelación (Resolución No. VPB 75173 del 16 de diciembre de 2015), se evidencia que en razón al cambio jurisprudencial, la accionada realizó el estudio de liquidación de la pensión de jubilación del actor en aplicación a la sentencia SU-230 de 2015, esto es, **con el 75% del promedio de lo cotizado en los últimos 10 años**, lo cual arrojó una cuantía pensional de **\$4.167.592**, es decir, inferior a la ya reconocida, por lo que, **en atención al principio de favorabilidad y respetando los derechos adquiridos cuya implicación directa consiste en no desmejorar la mesada pensional ya reconocida** (fl. 36vto.), COLPENSIONES confirmó la decisión de reliquidación de la pensión.

Por ende, la prestación fue liquidada por **COLPENSIONES** con arreglo a los elementos y características del régimen de transición, de modo que no fue desvirtuada la presunción de legalidad de los actos acusados.

⁷ C.E., Sec. Quinta, Sent. 2019-00728(AC), jun. 6/2019. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Cabe anotar que la parte demandante no pidió la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta los factores sobre los que se cotizó durante los últimos 10 años y tampoco se probó específicamente cuáles fueron estos, así que no se abordará el asunto.

Finalmente, se precisa que con la presente providencia se rectifica la posición apoyada con anterioridad según la cual el fallo de unificación dictado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no constituía precedente frente a los reconocimientos pensionales efectuados a favor de los servidores judiciales beneficiarios del régimen de transición. Esto en virtud de la interpretación en abstracto que han realizado las altas cortes frente al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia que han consolidado las diferentes secciones del Consejo de Estado sobre la materia.

5. CONDENA EN COSTAS

Aunque se niegan totalmente las pretensiones de la demanda, la Sala se abstendrá de dictar condena en costas en esta instancia en consideración a que, previo al cambio jurisprudencial enunciado, aquellas contaban con un margen de probabilidad de prosperidad que hacía comprensible el ejercicio de la acción judicial por la parte accionante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo indicado en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: ACEPTAR la renuncia de poder que fue presentada por el abogado **OMAR ANDRÉS VITERI DUARTE**, quien venía actuando en el proceso como apoderado principal de la **parte demandada** (fl. 229). La renuncia tiene efectos cinco (5) días después de presentado el memorial respectivo, en los términos del inciso 4º del artículo 76 del CGP.

CUARTO: RECONOCER personería a la sociedad **SOLUCIONES JURÍDICAS DE LA COSTA S.A.S.**, identificada con NIT 900.616.392-1, para representar judicialmente a la **entidad demandada**, en los términos y para los efectos del poder general obrante a folios 232 a 234 del expediente.

QUINTO: RECONOCER personería a la abogada **LINA MARÍA GONZÁLEZ MARTÍNEZ** para actuar como apoderada sustituta de la parte demandada, de conformidad con la sustitución de poder conferido por el representante legal de la sociedad **SOLUCIONES JURÍDICAS DE LA COSTA S.A.S.** (fl. 231).

SEXTO: En firme la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias de rigor.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado