



Cartagena de Indias D.T y C., treinta y uno (31) de mayo dos mil dieciocho (2018)

DIGITALIZADO
SIGLO XXI

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2015-00458-01
Demandante	HERNANDO SUÁREZ HERRERA
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – inclusión de factores salariales

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la UGPP, contra la sentencia del 18 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por HERNANDO SUÁREZ HERRERA, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, HERNANDO SUÁREZ HERRERA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la

¹ Folios 2-14 c/no 1



UGPP, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 35419 del 24 de julio de 2008 (sic), por medio de la cual CAJANAL en liquidación, reconoce una pensión mensual de vejez al accionante.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución No. 019683 del 20 de mayo de 2015, mediante la cual CAJANAL niega la reliquidación de la pensión de vejez.

TERCERO: Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a CAJANAL, hoy UGPP, que reliquide la pensión de jubilación del accionante, con fundamento en lo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, en concordancia con lo establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO: Ordenar a la entidad demandada, liquidar y pagar a favor del demandante las mesadas retroactivas causadas y no pagadas.

QUINTO: Las sumas que se ordenen pagar a la accionada, deberán estar actualizadas como lo dispone el art. 187 y 192 del C.C.A.

SEXTO: Condenar en costas y agencias en derecho

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

El demandante expone, que laboró en forma ininterrumpida con el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI, desde el 1 de marzo de 1968, hasta el 30 de junio de 1993, siendo su último cargo el de Oficial de Catastro Clase 4170 de Grado 06, en la Seccional Bolívar.

Que, mediante Resolución No. 35419 del 24 de julio de 2008 (sic), CAJANAL en liquidación, reconoció una pensión mensual de vejez al accionante, en cuantía de \$476.939.21, correspondiente al 75% del promedio devengado en su último año de servicio y a partir del 2003.





Afirma, que para efectos de liquidación de su IBL, se tuvo en cuenta lo establecido en el art. 01 del Decreto 2143 de 1995 en concordancia con el art. 36 de la Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, y se determinó el IBL con base en los factores sobre los cuales el actor cotizó a seguridad social, es decir, bonificación por servicios prestados y asignación básica.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Nacional, art. 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 83
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Ley 100 de 1993, art. 36

2.4.1 Concepto de la violación

Expone el demandante, que los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad toda vez que son contrarios a las normas que regulan el tema de la pensión de vejez.

Sostiene, que los actos administrativos en cita, violan flagrantemente los artículos que consagran los derechos fundamentales del señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA, al no darle aplicación a las sentencias del Consejo de Estado, en la que se consagran cuáles son los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos de liquidación del IBL.

Que el procedimiento efectuado por CAJANAL, ocasionó que la primera mesada del demandante fuera inferior al promedio de todos los factores salariales devengados durante el año de servicios que le fue tenido en cuenta para efectos de reconcomiendo pensional.

2.5 Contestación de la UGPP²

Por medio de escrito del 29 de febrero de 2015, el apoderado de entidad accionada, contestó la demanda manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por lo cual solicita que éstas se nieguen.

² Folio 46-59



Afirma, que el demandante adquirió el status pensional el 06 de enero de 2003, bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, pero que, como el actor se encontraba retirado del servicio para esa fecha, la norma en mención se le aplicó respecto a la forma de determinar el IBL, en el Decreto 2143 de 1995, con el promedio de lo devengado en el último año de servicio.

Sostiene, que el acto demandando se encuentra motivado en debida forma, toda vez que con la solicitud de reajuste pensional, el demandante no aportó los certificados que indicaran cuales eran los factores salariales que había recibido, por lo cual se tiene que, con los elementos de pruebas que reposaban en el expediente, no era posible adoptar una decisión diferente.

Argumenta, que la decisión del comité jurídico institucional de la UGPP, para la aplicación de los factores salariales y base de liquidación en beneficio de la Ley 33 de 1985, en virtud de la Ley 100 de 1993, esto es, liquidar las pensiones conforme lo indica el Decreto 2143 de 1995, es decir, con el promedio del último año, pero, teniendo en cuenta los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Explica que uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993, fue buscar la unificación de los diferentes regímenes pensionales que existían con anterioridad a su vigencia, sin embargo, con el objeto de no afectar las situaciones próximas a consolidarse, se estableció un régimen de transición que permitiera la aplicación gradual del nuevo sistema de pensiones. Según la norma invocada, las mujeres que tuviesen 35 años de edad, los hombres que tuviesen 40 años de edad o quienes tuviesen 15 años o más de servicios a la fecha de entrada en vigencia del nuevo Sistema (lo de abril de 1994), se pensionarían con la edad, el tiempo de servicios y el monto señalado en el régimen al cual se encontraban afiliados, cualquiera que fuese este.

Posteriormente, el acto legislativo 01 de 2005 estableció un límite temporal al régimen de transición, indicando que este mantendría su vigencia hasta el 31 de julio de 2010, excepto para las personas que a 25 de julio de 2005, cuenten con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios, a quienes se les haría extensiva su aplicación hasta el año 2014.

Ahora bien, es importante resaltar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha sido examinado por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-410



Afirma, que para efectos de liquidación de su IBL, se tuvo en cuenta lo establecido en el art. 01 del Decreto 2143 de 1995 en concordancia con el art. 36 de la Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, y se determinó el IBL con base en los factores sobre los cuales el actor cotizó a seguridad social, es decir, bonificación por servicios prestados y asignación básica.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Nacional, art. 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 83
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Ley 100 de 1993, art. 36

2.4.1 Concepto de la violación

Expone el demandante, que los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad toda vez que son contrarios a las normas que regulan el tema de la pensión de vejez.

Sostiene, que los actos administrativos en cita, violan flagrantemente los artículos que consagran los derechos fundamentales del señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA, al no darle aplicación a las sentencias del Consejo de Estado, en la que se consagran cuáles son los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos de liquidación del IBL.

Que el procedimiento efectuado por CAJANAL, ocasionó que la primera mesada del demandante fuera inferior al promedio de todos los factores salariales devengados durante el año de servicios que le fue tenido en cuenta para efectos de reconcomiendo pensional.

2.5 Contestación de la UGPP²

Por medio de escrito del 29 de febrero de 2015, el apoderado de entidad accionada, contestó la demanda manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por lo cual solicita que éstas se nieguen.

² Folio 46-59



Afirma, que el demandante adquirió el status pensional el 06 de enero de 2003, bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, pero que, como el actor se encontraba retirado del servicio para esa fecha, la norma en mención se le aplicó respecto a la forma de determinar el IBL, en el Decreto 2143 de 1995, con el promedio de lo devengado en el último año de servicio.

Sostiene, que el acto demandando se encuentra motivado en debida forma, toda vez que con la solicitud de reajuste pensional, el demandante no aportó los certificados que indicaran cuales eran los factores salariales que había recibido, por lo cual se tiene que, con los elementos de pruebas que reposaban en el expediente, no era posible adoptar una decisión diferente.

Argumenta, que la decisión del comité jurídico institucional de la UGPP, para la aplicación de los factores salariales y base de liquidación en beneficio de la Ley 33 de 1985, en virtud de la Ley 100 de 1993, esto es, liquidar las pensiones conforme lo indica el Decreto 2143 de 1995, es decir, con el promedio del último año, pero, teniendo en cuenta los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Explica que uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993, fue buscar la unificación de los diferentes regímenes pensionales que existían con anterioridad a su vigencia, sin embargo, con el objeto de no afectar las situaciones próximas a consolidarse, se estableció un régimen de transición que permitiera la aplicación gradual del nuevo sistema de pensiones. Según la norma invocada, las mujeres que tuviesen 35 años de edad, los hombres que tuviesen 40 años de edad o quienes tuviesen 15 años o más de servicios a la fecha de entrada en vigencia del nuevo Sistema (1o de abril de 1994), se pensionarían con la edad, el tiempo de servicios y el monto señalado en el régimen al cual se encontraban afiliados, cualquiera que fuese este.

Posteriormente, el acto legislativo 01 de 2005 estableció un límite temporal al régimen de transición, indicando que este mantendría su vigencia hasta el 31 de julio de 2010, excepto para las personas que a 25 de julio de 2005, cuenten con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios, a quienes se les haría extensiva su aplicación hasta el año 2014.

Ahora bien, es importante resaltar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha sido examinado por la Corte Constitucional a través de las sentencias C-410





de 1994, magistrado ponente Cartas Gavina Díaz; C- 168 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz; C- 596 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y en la C-058 de 1998 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; así como en el Auto del 13 de Septiembre de 2005 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil; y el Auto No. 206 del 3 de octubre de 2005 Magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, en los cuales se ha declarado la EXEQUIBILIDAD de los incisos 1, 2 y 3 del artículo, excepto la parte final del inciso tercero que señalaba una diferencia al liquidar a los servidores públicos y los trabajadores del sector privado, el cual fue declarado inexecutable por considerar la Corte que era irrazonable e injustificadamente discriminatorio y en consecuencia violatorio del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.N.

Por esta razón, todos los apartes del régimen de transición que han sido declarados ajustados a la Constitución Política, deberían aplicarse en su totalidad, a todos los servidores públicos que cumplan los requisitos exigidos para ello, esto con el fin de cumplir el propósito unificador de las condiciones de reconocimiento, que se pretendieron con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, es preciso reseñar que por varios años las administradoras públicas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (CAJANAL, ISS y CAPRECOM), han venido aplicando en sus decisiones administrativas, el criterio de que el reconocimiento y la liquidación de las pensiones del régimen de transición se realizaba únicamente respetando los beneficios de edad, tiempo y monto (entendido este último como el porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación para determinar el valor de la pensión) del régimen pensional de que era beneficiario el titular del derecho; por lo que la liquidación se realizaba conforme con lo establecido en el inciso 3 del citado artículo 36, es decir, con el tiempo que le hacía falta para cumplir el status pensional o con los últimos 10 años devengados, según fuese el caso, tomando como factores de liquidación, los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, teniendo en cuenta que las cotizaciones al Sistema General de Pensiones se realizaban sobre estos emolumentos por disposición expresa, quedando excluidos de la base de cotización los demás factores que no se encontraban allí contemplados, y por cuanto al servidor público solo es permitido actuar dentro del marco de la Constitución y la Ley.



Solicita, tener en cuenta el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia SU 230 de 2015.

III. - SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 19 de agosto de 2016, la Juez Décima Segunda Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, dándole la razón a la parte demandante, en aplicación del precedente establecido por el H. Consejo de Estado, en su jurisprudencia.

En ese orden de ideas, la Juez *a quo* dio aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, según la cual, las personas que sean beneficiarias del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 33 de 1985, se les debe reliquidar la pensión para reconocerles la misma con la inclusión de todos los factores salariales.

Bajo ese entendido, al encontrar que el señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA es acreedor de los derechos de las normas antes mencionadas, y que, durante su último año de servicios devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados, incremento por antigüedad, auxilio alimenticio, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones; tiene derecho a que los mismos le sean tenidos en cuenta para efectos de calcular el IBL.

IV. - RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 6 de septiembre de 2016, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, manifestando que en la actualidad existen diferentes interpretaciones sobre la forma como deben ser liquidadas las pensiones, lo que genera inseguridad jurídica, porque la entidad no puede desconocer ninguno de los fallos de las altas cortes, generándose un tratamiento diferencial e injustificado entre los pensionados.

Los demás argumentos expuestos en el recurso, son iguales a lo manifestado en la contestación de la demanda.

³ Folio 84-91

⁴ Folio 94-101





V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta del 26 de octubre de 2016⁵ se repartió el proceso entre los magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar, por lo que, mediante providencia del 5 de mayo de 2017⁶, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con auto del 24 de julio de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: No presentó alegatos

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Esta entidad, presentó su escrito el 8 de marzo de 2017, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y ratificándose en los argumentos del recurso y la contestación de la demanda.

6.3. Concepto del Ministerio Público⁹: Esta entidad presentó concepto favorable a las pretensiones de la parte actora, el 21 de septiembre de 2017, siendo el mismo extemporáneo, teniendo en cuenta que el auto de alegatos se notificó el 25 de julio de 2017, y el plazo dispuesto para ello venció el 24 de agosto de 2017.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁵ Folio 3 apelaciones

⁶ Folio 5 apelaciones

⁷ Folio 9 apelaciones

⁸ Folios 15-22 apelaciones

⁹ Folio 11-14 apelaciones



7.3. Actos administrativos demandados.

- Resolución No. 35419 del 24 de julio de 2008, mediante la cual CAJANAL reconoció una pensión de vejez a favor del señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA.
- Resolución No. 019683 del 20 de mayo de 2015, mediante la cual CAJANAL resolvió negar la solicitud de reliquidación de la pensión del actor.

7.4 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 ordenar a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal de la Protección Social -UGPP-, reliquidar la pensión de jubilación del demandante, incluyendo en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año anterior al retiro definitivo del servicio?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala considera que el demandante no tiene derecho a la reliquidación deprecada, toda vez que, el reconocimiento de su pensión se dio en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto el actor solo hasta el año 2003 cumplió el requisito de la edad, el necesario para obtener el derecho pensional.

Bajo ese entendido, debe comprenderse que el régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 33 de 1985, solo comprende la aplicación del régimen anterior en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y el monto, entendido como la tasa de reemplazo del 75%; mas no el IBL ni los factores salariales, pues estos deben ser aplicados según lo contemplado en la Ley 100 de 1993.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación; y, para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) marco normativo y jurisprudencial régimen de transición; (ii) el caso concreto y (iii) conclusión.



7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1. Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual señala que:

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 mas 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 INEXEQUIBLE> 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. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere 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.~~

Como se desprende de la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994, término de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es en cuanto a:

- La edad para acceder a la pensión de jubilación
- El tiempo de servicio o semanas cotizadas
- El monto de la prestación.



Para el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, y que les es aplicable el art. 1° de la Ley 33 de 1985, la edad para acceder a la pensión es de **55 años** y un tiempo de servicios de **20 años**; ahora bien, en lo que respecta al monto de la pensión, se tiene que, existen divergencias sobre la forma como debe ser entendido dicho concepto, al respecto la Corte Constitucional en sentencia SU 023 de 2018 expuso lo siguiente:

Sin embargo, frente al tercero de ellos, esto es, el monto, cabe decir que ha sido objeto de amplios debates a nivel doctrinario y jurisprudencial. A continuación se hace referencia a la postura que, al respecto, han tenido las Altas Cortes, para luego establecer las reglas aplicables al caso concreto y proceder a la solución del caso.

1.1.1.1. Corte Suprema de Justicia

Para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solo conservó a sus beneficiarios lo relativo a la edad, tiempo de servicios y monto porcentual de la prestación. Por tanto, los demás aspectos del régimen pensional, incluido el IBL, quedaron sometidos a la nueva legislación en materia de seguridad social, especialmente, a lo dispuesto en los artículos 21 y 36 ibídem. Esto se justifica, según dicho Tribunal, en que el concepto de monto hace referencia únicamente al porcentaje que se aplica y no a la base reguladora de la pensión o a los ingresos en los que esta se fundamenta. Tal postura, se dice, no vulnera el principio de inescindibilidad normativa, debido a que fue el legislador el que dispuso que la norma en comento se aplicara de esa manera. Al respecto y, en general, sobre el tema en comento, ha señalado lo siguiente:

Esta tesis ha sido reiterada, de forma pacífica y uniforme, desde junio del año 2000 (exp. 13336). Sus bases se cimentaron entre 1997 (exp. 20223), 1998 (exp. 11128) y 1999 (exp. 11455), y se ha reiterado, entre otras, en las sentencias del 5 de marzo de 2003 (exp. 19663), 27 de junio de 2004 (exp. 22226), 2 de septiembre de 2008 (exp. 33578), 17 de octubre de 2008 (exp. 33343), 24 de febrero de 2009 (exp. 31711) y, recientemente, del 14 de marzo de 2018 (exp. 571960). Esa fue, precisamente, la tesis que se expuso en la sentencia cuestionada para resolver el recurso de casación interpuesto por el accionante.

Las otras Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia, al actuar como jueces de tutela, han sostenido la misma tesis de la Sala de Casación Laboral. De lo anterior dan cuenta los fallos del 1 de febrero y del 22 de marzo de 2018¹⁰, dictados por las Salas Penal y Civil y de Familia, a las que les correspondió conocer en primera y segunda instancia, respectivamente, las demandas de amparo interpuestas contra la Sala de Casación Laboral, según el Decreto 1382 del 2000, modificado por el Decreto 1983 de noviembre de 2017.

¹⁰ Proferidas dentro del expediente 11001-02-04-000-2018-00091-01 (STC4022-2018).





1.1.1.2. Consejo de Estado

Para el Consejo de Estado, al igual que para la Corte Suprema de Justicia, los elementos esenciales del régimen de transición, de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión. Inicialmente, con fundamento en una interpretación que luego consideró exegética, consideró que el IBL era un factor que no estaba regulado por el régimen de transición. Posteriormente, a partir de razones de favorabilidad laboral y del efecto útil de las normas, cambió su jurisprudencia y asumió que a los beneficiarios del régimen de transición se les debía aplicar, en su integridad, el régimen anterior; en otras palabras, que el ingreso base de liquidación no podía calcularse con fundamento en las normas del SGSS. La primera tesis encontró fundamento en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 20 de mayo del año 1998¹¹, mientras que la segunda postura data de dos sentencias del año 2000, una del 21 de septiembre¹² y otra del 30 de noviembre¹³. En estas dos providencias se consideró que el inciso 2º y el 3º del artículo 36 ibídem tenían una redacción confusa y, por ende, debía acudirse a la interpretación más favorable para el trabajador, pues lo daría lugar a desconocer los principios de inescindibilidad normativa y seguridad jurídica. Frente a este último aspecto, en la sentencia de noviembre 30 de 2000, sostuvo lo siguiente:

"[...] al aplicar el régimen de transición, como sucede en el caso presente, aplicando las disposiciones legales anteriores consagratorias de los requisitos de edad y tiempo de servicio, por una parte, y por otra, aplicar la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, **se incurre en violación del**

¹¹ Radicación No. 960. Allí se dijo: "Para tales personas [los beneficiarios del régimen de transición], la ley 100 de 1993, por razón del régimen de transición, remite excepcionalmente a la normatividad que corresponde al 'régimen anterior al cual se encuentren afiliados', si es más favorable, en los siguientes aspectos: || -edad para acceder a la pensión de vejez. || - tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y || -monto de la pensión. Las demás situaciones se regulan en los términos del inciso 2º, artículo 36, por las normas de la ley 100 de 1993, según el siguiente texto: || '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'. || Como consecuencia de lo anterior, **el ingreso base para liquidar la pensión es un factor que no está considerado entre los tres descritos y porque el mismo artículo 36, de manera especial y expresa determina el ingreso base aplicable a dichas personas, así: || -a quienes les falten menos de diez (10) años para adquirir el derecho: es el promedio de lo devengado en el tiempo que les haga falta para pensionarse. || -a quienes les falten más de diez (10) años para adquirir el derecho: es lo cotizado durante todo el tiempo, actualizado anualmente con base en la variación IPC, según certificación del DANE. || No se aplica lo anterior a las personas del régimen de transición que se acojan al régimen de ahorro individual o las que habiendo escogido éste decidan cambiarse al de prima media con prestación definida"** (negritas propias).

¹² Expediente No. 470-90.

¹³ Expediente No. 2004-00. En este fallo se dijo: "[e]n armonía con lo anterior, concluye la Sala, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que, las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, **se les aplica en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia**. Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada ley, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la ley, pues la normatividad anterior (Ley 33 de 1985) señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la ley en los términos ya indicados" (negritas propias).





principio de 'inescindibilidad de la ley' que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica" (negritas propias).

Para tal momento, el Consejo de Estado asumió que el monto, como elemento del régimen de transición, incluía, entre otros, el IBL, conclusión a la que arribó al diferenciar las nociones de porcentaje y monto. En particular, precisó que este último correspondía a "la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la Ley 100 [de 1993]"¹⁴.

Esta tesis ha sido reiterada en casos posteriores, del 16 de febrero de 2006 (radicación 4076-04), 6 de marzo de 2008 (radicación 4799-05) y 17 de abril de 2013 (radicación 0112-12).

De manera reciente, ha señalado que, "el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma" de lo que podría inferirse que el IBL hace parte del régimen de transición. Esta afirmación se hizo, por parte de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 9 de septiembre de 2017¹⁵, que se dictó en reemplazo de la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, luego de que esta fuera anulada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, actuando como juez de tutela de segunda instancia¹⁶, ante la configuración del defecto por desconocimiento del precedente judicial de la Corte Constitucional (al que se hace referencia en el título siguiente).

Finalmente, es importante resaltar que la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante auto del 29 de agosto de 2017, avocó conocimiento del proceso ordinario con número de expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, con el objetivo de unificar su jurisprudencia sobre "la interpretación que se ha dado al inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dentro del régimen de transición". En ese auto, sobre el tema en cuestión, la Sala Plena resaltó que:

"[...] Esta diferencia de interpretaciones entre ambas Cortes, evidencia, precisamente, la necesidad de que sea la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado la que examine la línea jurisprudencial, tanto de la Corte Constitucional como la de la Sección Segunda de esta Corporación en la materia en cuestión, y asuma la postura que deba guiar no solo a la jurisdicción contenciosa administrativa del país sino las decisiones administrativas en materia pensional del régimen de transición. Que con los pronunciamientos de unos y otros se adquiera la seguridad que están acatando el precedente vertical y que aún en sede de tutela será respaldado por este órgano de cierre.

¹⁴ Sentencia del 21 de septiembre del año 2000, proferida dentro del expediente No. 470-99.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente No. 0112-2009.

¹⁶ Sentencia del 15 de diciembre de 2016, dictada en el expediente 11001-03-15-000-2016-01334-01.





La gran importancia del tema radica en que deben materializarse dos de los principios fundamentales de todo ordenamiento, que son la justicia y la seguridad jurídica, no solo traducidos en función del derecho a la igualdad de que todos los casos de situaciones similares se resuelvan de la misma manera, sino también, que realmente se honre la cosa juzgada y la justicia material".

En suma, advierte la Sala que la tesis vigente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cuanto a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es que a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar en su integridad el régimen anterior, incluso, calculando el IBL con fundamento en dicho régimen y no con la legislación que se encuentre vigente a la hora de liquidar la prestación económica.

7.6.2. Del régimen de transición y el concepto de monto aplicable al momento de liquidar las mesadas pensionales

La Corte Constitucional, con sentencia de unificación SU395/17¹⁷, zanja la discusión con relación al criterio que se aplica el concepto de monto, indicando que el ingreso base de liquidación, no fue sometido al régimen de transición.

"Al efecto, recientemente en la Sentencia SU-210 de 2017¹⁸, la Sala Plena de esta Corporación reconoció que, inicialmente, en la jurisprudencia constitucional se había llegado a señalar que el Ingreso Base de Liquidación -IBL- hacía parte de la noción del monto de la pensión, de la que habla el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁹. Bajo este criterio, los beneficiarios del régimen de transición tenían derecho a que el ingreso base y el monto de la pensión, fueran determinados con base en el régimen anterior; y solo era aplicable lo determinado en el inciso 3° del mencionado artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (liquidación con el promedio de los últimos 10 años), cuando el régimen -especial- no determinara una fórmula para calcular el IBL de la pensión²⁰. No obstante, la misma jurisprudencia de la Corte, con posterioridad, explicaría que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, únicamente cubre los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios²¹.

Ello, pese a que en un principio, como más adelante se verá, los pronunciamientos previos a la Sentencia C-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación,

¹⁷ Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, 22 de junio de 2017.

¹⁸ M.P. José Antonio Cepeda Amarís (E).

¹⁹ Consultar, entre otras, las Sentencias T-631 de 2002, T-526 de 2008 y T-210 de 2011.

²⁰ Ídem,

²¹ Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013, T-078 de 2014 y SU-230 de 2015.





motivo por el cual se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema.

8.9. En este punto, bien vale la pena traer a colación la Sentencia SU-230 de 2015²², en donde la Corte dejó en claro que hasta ese momento era dable identificar en su jurisprudencia dos acepciones en relación con el monto. Una en el marco de los regímenes especiales y, otra, como beneficio del régimen de transición. De ahí que en la actualidad, se haya indicado que, "en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)." ²³
(...)

8.11. Ahora bien, con ocasión de la expedición de la Sentencia C-258 de 2013²⁴, este Tribunal se refirió específicamente al alcance y la interpretación del ingreso base de liquidación en relación con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En dicho fallo, la Sala Plena declaró inexecutable la expresión "durante el último año" contenida en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, y fijó una interpretación clara sobre la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición. En concreto, en la providencia que se cita, se sostuvo:

"La Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría 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. Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay 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."

(...)

²² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²³ Sentencia T-060 de 2016.

²⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





8.17. *Vistas así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.*

8.18. *A similar conclusión también se arribó en la Sentencia SU-210 de 2017 previamente referida, en el sentido de advertir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, en la medida en que "lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones".*

8.19. *Con todo, no sobra agregar que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional²⁵ (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí protege una expectativa legítima, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, y, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad²⁶. Es por estos motivos que el propio constituyente derivado reformó (Acto Legislativo 01 de 2005) el artículo 48 Superior, debido a que el régimen de transición no es, en sí mismo, indefinido en el tiempo²⁷."*

Se colige de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993,

²⁵ Consultar, entre otras, las Sentencias C-789 de 2002, C-1011 de 2008 y C-258 de 2013.

²⁶ En la Sentencia C-754 de 2004, este Tribunal, reiteró la Sentencia C-789 de 2002, y señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse, la consagración de tal tipo de régimen generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, la Corte explicó que ello no implica la imposibilidad del legislador de hacer modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. En igual sentido, consultar la sentencia C-789 de 2002.

²⁷ Mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que "el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen."



Únicamente cobija los requisitos relacionados con la edad, el tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no así el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general, esto es, el promedio de los últimos 10 años de servicios, es decir, que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición.

7.6.3 De los factores salariales

Para el caso de las personas beneficiarias del régimen de pensiones contemplado en la Ley 33 de 1985, se tiene que, los factores a tener en cuenta para el cálculo de la pensión eran los siguientes:

"ARTÍCULO 3o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcularlos aportes"²⁸.

En lo atinente a los factores salariales que han de tenerse en cuenta para determinar el monto de la pensión, el Consejo de Estado para proyectar un criterio uniforme, retomó la tesis primigenia según la cual **los factores a incluir en la liquidación de la pensión a efecto de determinar el ingreso base de liquidación y posteriormente la cuantía de la misma serían todos aquellos que hayan sido devengados por el empleado durante el último año de servicio anterior al retiro.**

La referida Corporación fundamenta este criterio sobre la base de los principios de favorabilidad, progresividad de las pensiones y primacía de la realidad sobre la forma, **manifestando que el listado contemplado en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 anteriormente mencionado no es taxativo sino**

²⁸ Modificado por la Ley 62 de 1985





meramente enunciativo, por lo cual se abre la posibilidad de incluir en el monto de la pensión factores salariales diferentes a los allí contemplados, habida cuenta de que no debe entrarse en un retroceso en materia pensional al ir disminuyendo el monto de las pensiones sino por el contrario el monto debe tender al aumento en virtud de que la normativa anterior, esto es, el Decreto 1045 de 1978, tenía un listado enunciativo, más no taxativo. De allí que resulta ilógico tomar el listado de la normatividad posterior (Ley 33 de 1985) como taxativo, cuando la anterior abría la posibilidad de obtener un monto pensional mayor.

Bajo el lineamiento precedente se tendría que garantizar el derecho a la igualdad y evitar que se cause detrimento patrimonial al Estado, por lo cual, en caso de accederse a la inclusión de todos los factores salariales, de las sumas totales a cancelar por tal concepto, se debe ordenar el descuento de los aportes que no se hicieron oportunamente respecto de factores devengados²⁹.

Bajo ese entendido la Jurisprudencia del Consejo de Estado argumentaba que:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de Julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó³⁰:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de

²⁹ Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010, Exp. No 0112-09²⁹, sobre los factores de salario a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, concluyendo que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia 9 de Julio de 2009, Ref: Expediente No (0208-2007).



hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."

(...) La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación trae como consecuencia la regresividad de los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones. (...)

(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos **los factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les de, tales como, **asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros**, solo para señalar algunos factores de salarios, además de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que incluyen los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- esto es, **a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías**, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978..." (Negritas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, este criterio, no es acogido por la Corte Constitucional, entidad que ha sostenido, en sentencia SU – 395 de 2017, lo siguiente:

10.2.1.2. Teniendo en cuenta los anteriores escenarios, la Sala Plena considera que se configuran los defectos endilgados en las demandas de tutela por las siguientes razones:

En primer lugar, tal como se advertía en el capítulo anterior sobre el alcance del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal E.I.C.E.- acertadamente se rigió para el reconocimiento y pago de las pensiones de las demandantes en los casos bajo estudio, por la citada Ley y su régimen de transición, que mantuvo (i) el tiempo de servicios, (ii) la edad y (iii) el monto de la pensión del régimen anterior; por ello, aplicó el Decreto 929 de 1976 en esos aspectos, pero no para los factores salariales, porque le



correspondía lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, señalados específicamente en el Decreto 1158 de 1994.

Sin embargo, en las sentencias objeto de acción de tutela se interpretó que los factores salariales deben ser los consagrados en el régimen anterior, en cuanto que las demandantes son beneficiarias del régimen de transición. Es decir, se concluyó, sin más, que el monto de la pensión al que se refiere el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no significa únicamente la tasa de reemplazo, sino que también incluye el ingreso base de liquidación en sí mismo considerado y los factores salariales - y demás elementos constitutivos de la liquidación pensional-.

De esta suerte, concluyeron que a las demandantes se les debía reconocer una pensión equivalente (i) al 75% (tasa de reemplazo establecida en el art. 7 del Decreto 929 de 1976) (ii) del promedio de los salarios devengados durante el último semestre de servicios (IBL señalado en ese mismo precepto), (iii) incluyendo los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por así autorizarlo el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que hizo extensivas las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan a los empleados de la Contraloría General de la República, en cuanto no se opongan a dicho decreto ni a su finalidad. Igualmente, se dio aplicación al caso del artículo 40 del Decreto 720 de 1978, que establece factores adicionales de salario, ordenamiento este último destinado a los servidores del ente fiscal.

Frente a esta conclusión, se advierte, al rompe, un defecto sustantivo por interpretación contraria a lo expresamente establecido por el legislador en los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como por desconocimiento de las sentencias de constitucionalidad con efecto erga omnes C-168 de 1995 y C-258 de 2013.

(...)

Adicionalmente, resulta preciso hacer especial referencia a la última de las consideraciones citadas, en cuanto plantea la necesidad de dar cumplimiento a la regla establecida en la Ley 100 de 1993 (Art. 13, literal 1) y consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, según la cual, con fundamento en el principio de eficiencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, la liquidación de las pensiones debe corresponder a las cotizaciones efectivamente realizadas.

Por otra parte, la misma sentencia, al estudiar otro caso planteado por la UGPP, expuso:

10.2.2. Defecto sustantivo y violación directa de la Constitución en la interpretación realizada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 frente al régimen de transición aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales de la rama ejecutiva del poder público. Expediente T-3.358.979.



10.2.2.1. Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985-, inició proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación.

El Instituto de Seguros Sociales alega que i) se desconoció el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aun cuando causó su derecho pensional el 26 de agosto de 2003, es decir, que le faltaban menos de 10 años a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (aplicación indebida del artículo 36 de la Ley 100 de 1993); ii) se usurpó la competencia del legislador de disponer sobre las prestaciones sociales excluidas de los efectos salariales para la determinación del monto de la pensión y iii) se violó el carácter rogado de la acción de nulidad, pues simplemente solicitó la reliquidación con base en los factores consignados en la Ley 62 de 1985 (fallos extra y ultra petita).

En sede de primera instancia se negó el amparo deprecado por improcedente al considerar que la demanda no cumplía con los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias y se trataba más bien de reabrir un debate jurídico ya zanjado.

10.2.2.2. Sobre las anteriores consideraciones, la Sala Plena estima que se configuran los defectos endilgados en la demanda de tutela por las siguientes razones:

En primer lugar, como quedó sentado en el aparte considerativo de la presente sentencia, el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.

Ahora bien, esa garantía de poder recibir un monto de pensión igual, no se traduce automáticamente en la tesis de que una ley nueva no pueda consagrar reglas diferentes en la materia, siempre y cuando los extremos de la expectativa legítima no se vean reducidos al punto de hacer nugatorio o aparente el derecho al régimen de





transición³¹. Así, para la creación, funcionamiento y sostenimiento de un nuevo sistema es necesario contar con reglas que garanticen los principios que lo sustentan, entre ellos, la sostenibilidad financiera del mismo. De manera que lo liquidado debe ser proporcional a lo cotizado. Por esta razón, se estableció en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, un ingreso base de liquidación para quienes fueren beneficiarios del régimen de transición.

Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a "monto de pensión" como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

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

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Tratándose de los servidores del Estado, como es el caso de los que se regían por la Ley 33 de 1985, salvo algunos casos exceptuados, la regla es el traslado al régimen general de pensiones. En efecto, el artículo 273 de la ley 100 de 1993, al determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, estableció que se podrán incorporar "respetando los derechos adquiridos a los servidores públicos, aún a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud". Con esta disposición ya se cumplió. El Decreto 691 de 1994 incorporó al sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 a los funcionarios de la rama ejecutiva, nacional, departamental, municipal, a los servidores públicos del Congreso, a la rama judicial, Ministerio Público, Fiscalía, Contraloría, Organización Electoral. Particularmente, se indicó que para ellos la vigencia del sistema general de pensiones comenzó a regir, en el orden nacional, el 1º de abril de 1994.

³¹ El interesado en el régimen de transición se acoge a él no solamente porque el artículo 36 de la ley 100 de 1993 es muy claro y es una norma de orden público, sino porque se trata de un principio del derecho laboral, reconocido constitucionalmente en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor, y, además, porque en la ley 100 art. 11 y en la propia Constitución (artículo 53) se establece el principio de favorabilidad. Consultar Sentencia T-235 de 2002.



Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión "monto de la pensión" incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La Sentencia SU-1073 de 2012, al estudiar la cuestión de la indexación de la primera mesada pensional, concluyó que ésta sólo podrá realizarse sobre el pago de las mesadas que no haya prescrito en los términos del Código Sustantivo del Trabajo (tres años).

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





Por último, cabe recordar que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, "impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, y el monto de la pensión, entendido como tasa de remplazo. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones".

10.2.2.3. Por lo anterior, habrá de ser revocada la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta- el 11 de agosto de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual denegó por improcedente la acción de tutela. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso.

Bajo este punto de vista, la Corte Constitucional afirma, que el régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, solo cubre los aspectos referentes a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión (tasa de remplazo), pero que, tanto el IBL como los factores salariales que se deben tener en cuenta a la hora de liquidar la mesada pensional deben ser los establecidos en la Ley 100 de 1993; es decir, para este último aspecto, es decir, los factores salariales, de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional, deben aplicarse los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, la Corte también ha sostenido en sentencia C- 258 de 2013, lo siguiente:

Esta Corporación declara la inexecutable de las expresiones "y por todo concepto" y "por todo concepto", contenidas en el inciso primero y en el párrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En este caso, ante la expulsión del ordenamiento de las expresiones en comento y en vista del mandato del Acto Legislativo 01 de 2005 en el sentido de que "[p]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones", la Sala considera necesario además condicionar la executable del resto del precepto censurado en el entendido que como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y



sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones.

7.7 Caso concreto

7.7.1 Hechos relevantes probados

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

- Según Registro Civil de Nacimiento aportado con el expediente administrativo, se advierte que el señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA, nació el 6 de enero de 1948, por lo que cumplió los 55 años de edad, el 6 de enero de 2003³².
- Que, de acuerdo con el certificado expedido por el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI, se tiene que el señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA estuvo vinculado como servidor público en dicha entidad, desde el 1ro de marzo de 1968, hasta el 30 de junio de 1993³³.
- Por medio de **Resolución No. 35419 del 24 de julio de 2006**, expedida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación E.I.C.E., se le reconoció al demandante una pensión vitalicia de vejez, efectiva a partir del 6 de enero de 2003, en cuantía de CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON VEINTIÚN CENTAVOS (\$476.939.21), equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta que el actor laboró en el IGAC hasta el 30 de junio de 1993. Para ello, se dio aplicación al artículo 36 de la Ley 100/93, y al Decreto 2143/95, incluyendo como base salarial para el IBL, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados³⁴.
- Por medio de Resolución No. RSP 019683 del 20 de mayo de 2015³⁵, la UGPP, resuelve negar la reliquidación pensional solicitada por el actor.
- Según consta en el certificado de sueldos expedido por el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI, el señor SUÁREZ HERRERA devengó, en

³² Folio 5 de la Carpeta CC9064267, CD fl 71 BIS.

³³ Folio 26

³⁴ Folio 11-13

³⁵ Folio 15-17





los años 1968, 1969, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992 y 1993, los siguientes factores salariales: i) asignación básica, ii) incremento por antigüedad, iii) auxilio de alimentos, iv) bonificación por servicios prestados, v) prima de servicio y navidad, vi) prima de vacaciones³⁶.

7.7.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el *sub iudice*, se observa que la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE (Liquidada), reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez al señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA, mediante **Resolución No. 35419 del 24 de julio de 2006**, efectiva a partir del 6 de enero de 2003, en cuantía de CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON VEINTIÚN CENTAVOS (\$476.939.21).

Que dicha pensión, fue equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, teniendo en cuenta que el actor laboró en el IGAC hasta el 30 de junio de 1993. Y que, en aplicación del artículo 36 de la Ley 100/93, y del Decreto 2143/95, se tuvieron en cuenta como base salarial para el IBL, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados³⁷.

De acuerdo con lo expresado en la demanda, y en la Resolución No. RSP 019683 del 20 de mayo de 2015³⁸, se tiene que el actor presentó una petición ante la UGPP, el 5 de febrero de 2015, por medio de la cual solicita que se le reliquide su pensión incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En consonancia con lo anterior, la UGPP, profirió la resolución mencionada en la cual considera que el actor no tiene derecho a la reliquidación pedida, puesto que los elementos salariales reclamados por él no se encuentran en armonía con aquellos factores que ha definido el legislador como base de cotización para pensión, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1158 de 1994. Así las cosas, debido a las particularidades del caso del actor, a este solo se le puede aplicar la Ley 33/85, en lo que se refiere a los 20 años de servicios y los 55 años de edad, liquidándose la misma con el 75% del ingreso base de cotización de los aportes efectuados en el último año de servicios, debidamente actualizadas, pero solo con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994.

³⁶ Folio 18-25

³⁷ Folio 11-13

³⁸ Folio 15-17



Sea lo primero en señalar por esta Colegiatura que, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrojado al expediente, el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, para la fecha en que entró a regir esta ley – 1º de Abril de 1994- tenía más de 46 años de edad y 25 años de servicios; cumpliendo así con los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo; sin embargo, encuentra esta judicatura, que el HERNANDO SUÁREZ HERRERA laboró en el IGAC hasta el **30 de junio de 1993**, es decir, se retiró del servicio antes de que entrara en vigencia la **Ley 100 de 1993** y el **Decreto 1158 de 1994**. Sin embargo, a la hora de liquidar la mesada pensional, la UGPP utilizó, para calcular el ingreso base de liquidación (IBL), únicamente los factores salariales establecidos en el Decreto 1158/94, que establece lo siguiente:

"ARTICULO 1. El artículo 6 del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual:

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados:"

En su momento, la demandada no tuvo en cuenta que el actor, según las certificaciones expedidas por el IGAC³⁹, devengó desde 1992 hasta 1993, los siguientes factores salariales: (i) **asignación básica**, (ii) auxilio de alimentación, (iii) **bonificación por servicios prestados**, (iv) prima de servicios, (v) prima de vacaciones, (vi) prima de navidad, (vii) incremento por antigüedad.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo expuesto en esta providencia encuentra esta judicatura, que el señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA si bien es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dicho beneficio solo le es favorable en cuanto permite la aplicación de la edad, tiempo de servicio, y tasa de reemplazo del régimen anterior; no

³⁹ Folio 20-21





siendo así para lo que se refiere al IBL (que corresponde a los últimos 10 años, o el término que le faltare), ni para los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión.

Bajo ese entendido, conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el actor solo tiene derecho a que se le reconozcan aquellos factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, o, si se quiere ser más garante, aquellos factores sobre los cuales se demuestre que existió cofización al sistema de seguridad social en pensiones, los cuales, debían ser liquidados con base en los últimos 10 años de servicio; lo anterior, con la finalidad de proteger la sostenibilidad fiscal del sistema. Sin embargo, advierte la Sala que al actor se le tuvieron en cuenta, para efectos pensionales, los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994, pero aplicados al último año de servicio, lo cual constituye un yerro por parte de la administración, pero que no puede ser corregido en esta oportunidad, toda vez que ello no constituye materia de este debate, y esta Corporación no está autorizada para desmejorar las condiciones de la pensión reconocida por acto administrativo al demandante.

Así las cosas, como quiera que no existe prueba que demuestre en el expediente, que el señor HERNANDO SUÁREZ HERRERA cotizó sobre otros factores distintos a los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, se procederá a REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

VIII.- COSTAS

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación no condenará en costas debido a que el demandante cuando presentó la demanda, se encontraba amparado en la tesis jurisprudencial del Consejo de Estado, en su momento, y que permitía la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales.

IX.- DECISIÓN

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



FALLA

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de fecha 19 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, y en consecuencia,

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, conforme con lo previsto en la parte motiva de esta providencia.

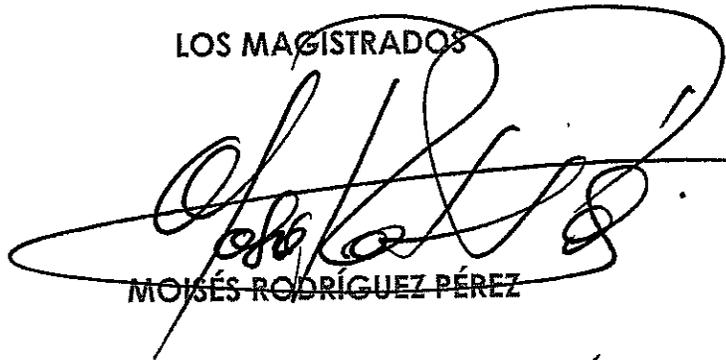
TERCERO: No condenar en costa, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITIR** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

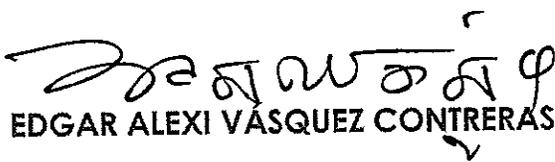
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 50 "

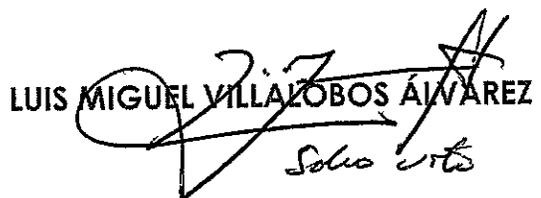
LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Solo voto

