

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro

Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación¹

Asunto: Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

ASUNTO

1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 111 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, decide en segunda instancia el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

¹ Mediante la Ley 1151 de 2007 se creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa.

La demanda

2. La señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, a través de apoderado, acudió en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Nariño y solicitó la nulidad de la Resolución No. UGM 053060 de julio 26 de 2012, mediante la cual CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN le negó reliquidación de su pensión de vejez. Como restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la demandada que, a partir del 1 de junio de 2006, le reliquide, ajuste y pague la pensión de vejez, actualizando el monto de la misma, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados al momento de adquisición del status, por ser beneficiaria del régimen de transición. Que tales valores sean actualizados de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor (IPC) certificados por el DANE y que se ordene dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 189, 192, 194 y 195 del CPACA.

3. Que la señora Gladis Guerrero de Montenegro trabajó en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, como Auxiliar de Servicios Generales, por más de 24 años, hasta su retiro definitivo el 1 de agosto de 2009.

4. Indica que en el año 2006 adquirió el estatus de pensionada, razón por la cual, solicitó el reconocimiento de dicha prestación.

5. Explica que el 1º de noviembre de 2006, la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, por medio de la Resolución No. 58686, reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia por vejez a favor de la actora en cuantía de \$554.300.00, liquidada con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario **promedio de los últimos 10 años**, entre el 1º de junio de 1996 y el 30 de mayo de 2006, conforme con el artículo 36 de la Ley 100/93 y la sentencia C-168 de 1995 de la Corte Constitucional, teniendo como factores la asignación básica y la bonificación por servicios prestados y, adicionalmente, para el año 1997, la bonificación por compensación, sin incluir otros ingresos, que constitúan salario, como subsidio de alimentación, prima de riesgo, etc.

6. Que cuando la Caja incluyó a la demandante en nómina de pensionados no tuvo en cuenta que la mesada pensional debía ser reliquidada con los valores que ella estaba devengando y sobre los que se realizaron aportes.

7. Que en varias peticiones su apoderado **solicitó** a CAJANAL **la reliquidación** de su pensión con base en **todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios**.

8. Que CAJANAL, por Resolución No. UGM 053060 del 26 de julio de 2012, **negó la solicitud de reliquidación**, porque los factores sobre los cuales se solicitaba la reliquidación no estaban en el listado del Decreto 1158/94.

9. Invocó como normas violadas los artículos 1, 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990; 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el 3 de la Ley 33 de 1985 y 279 de la Ley 100 de 1993.

10. El concepto de violación lo desarrolló a través del cargo de violación de normas superiores, así:

11. Explica que por muchos años no ha existido acuerdo sobre los factores salariales que deben formar parte del Ingreso Base de Liquidación; que los servidores judiciales han aplicado taxativamente el artículo 1 de la Ley 62 de 1995 (que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985) que dispone que todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha caja y que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificaciones por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

12. Que por lo tanto se ha desconocido el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, que define el concepto de salario, y se ha excluido las primas de alimentación, vacaciones y navidad, los auxilios de transporte y movilidad, horas extras, sobresueldos y demás ingresos ordinarios del Ingreso Base de Liquidación, sin acudir al principio de favorabilidad, como lo precisó el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

13. Concluye que todo ingreso que, de manera ordinaria, percibe el trabajador o empleado es salario y, por lo tanto, todos los factores salariales deben ser incluidos en el IBL de la pensión.

La contestación de la demanda

14. **CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la actora y propuso las excepciones de fondo de cobro de lo no debido, prescripción y las que el juez encuentre probadas de manera oficiosa. Explicó que la actora adquirió el estatus de pensionada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y está incurso en el régimen de transición, por lo tanto, se le aplican las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

15. Que los beneficiarios del régimen de transición pensional a quienes se les aplica el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, que para el caso de los servidores públicos, corresponde a la Ley 33 de 1985, se rigen por lo siguiente:

Edad de pensión: 55 años para hombres y 50 para mujeres

Tiempo de servicios: 20 años

Monto: 75%

Ingreso Base de Liquidación: Es 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 IPC según certificación que expida el DANE.

16. Que en el caso de la actora la liquidación se hizo teniendo en cuenta el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

17. Señaló que no es procedente que se tomen factores salariales diferentes a los reconocidos en la Resolución No. 58686 del 1 de noviembre de 2006, pues sobre los reclamados no se realizaron los aportes correspondientes, de acuerdo con el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

18. Adujo que si bien es cierto la demandante se encontraba amparada por un régimen diferente, que regía antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, también lo es que dicha normativa no hace referencia a los factores salariales ni a la forma de liquidación.

19. Además, que el artículo 1º del Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, estableció la incorporación de los servidores públicos al nuevo sistema general de pensiones, lo que significaba tener el ingreso base de cotización para el nuevo sistema y que a la postre se tradujo en la expedición del Decreto 1158 de 1994. Agrega que el mismo artículo 5 de la Ley 797 de 2003 establece que en todo caso el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa proporcional al monto de la pensión.

20. En atención a ello, los factores que se tuvieron en cuenta para el caso de la demandante fueron (i) la asignación básica; (ii) la bonificación por servicios prestados y (iii) la bonificación por compensación; sin que pueda incluirse la prima de riesgo, por no constituir factor salarial.

21. Señaló que no procede la indexación por cuanto la actualización de acuerdo a la variación del IPC anual, se ha venido realizando de forma

consecutiva año por año y de manera oficiosa por la entidad. Que tampoco proceden intereses moratorios, porque el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 los prevé solo en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales y no para el reconocimiento pensional.

22. Propuso las excepciones de (i) **cobro de lo no debido**, porque si eventualmente se ordenara la reliquidación de la pensión de la actora, le correspondería asumirla al DAS en Liquidación, que fue su empleador; y (ii) **prescripción**, pues conforme al artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y la jurisprudencia están prescritas todas las obligaciones pensionales, reliquidaciones, reajustes pensionales, intereses corrientes y/o moratorios e indexación que se hubieren causado con anterioridad a los tres años contados a partir de la última petición.

23. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP² se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Para la entidad, la liquidación de la pensión debe hacerse conforme a los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta los factores de salario enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

La audiencia inicial

24. El 21 de mayo de 2013, el Tribunal Administrativo de Nariño celebró la audiencia inicial en la que resolvió (i) que la excepción de prescripción de las mesadas pensionales se decidiría tomaría en caso de que las pretensiones de la demanda prosperaran; (ii) se fijó el litigio; (iii) se declaró fracasada la etapa conciliatoria; (iv) se tuvieron como pruebas las aportadas por las partes; y (v) se corrió traslado para alegar de conclusión.

² De acuerdo con la Ley 1151 de 2007 la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Obligaciones Pensionales y Fiscalización de Contribuciones Parafiscales se encargará de administrar los derechos pensionales ya causados y reconocidos del Régimen de Prima Media público del orden nacional, y de modernizar el manejo de los archivos, los sistemas de información y la defensa judicial.

La sentencia apelada

25. El 5 de julio de 2013 el Tribunal Administrativo de Nariño accedió parcialmente a las pretensiones de la actora, así: (i) declaró parcialmente probadas las excepciones de cobro de lo no debido y presunción parcial de legalidad de los actos administrativos demandados; (ii) declaró la nulidad parcial de la Resolución No. UGM 053060 del 26 de julio de 2012, frente a la decisión de no tener en cuenta los factores sobre los cuales efectivamente realizó aportes para la pensión de jubilación devengados por la demandante durante el último año de servicios; (iii) ordenó a la UGPP que efectuara la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, con el 75% del promedio salarial del último año de servicios, esto es, desde julio del 2008 a julio del 2009, teniendo en cuenta todos los factores sobre los cuales la demandante cotizó o realizó aportes; (iv) condenó a la UGPP a pagar la diferencia de las mesadas pensionales que resulten a favor de la actora; (v) declaró no probada la prescripción de las diferencias de las mesadas pensionales causadas a favor de la demandante; (vi) condenó a la UGPP a actualizar los valores en los términos del artículo 187 del CPACA, teniendo en cuenta la fecha de causación y su pago efectivo; (vii) denegó las demás pretensiones de la demanda; (viii) condenó en costas a la demandante en un 10% y a favor de la UGPP; y (ix) tuvo por configurada la sucesión procesal de CAJANAL por la UGPP.

26. El Tribunal consideró que en la base de liquidación de la pensión de la actora deben tenerse en cuenta solo aquellos factores sobre los cuales realizó aportes al Sistema de Seguridad Social, en aplicación de la sentencia C-258 de 2013, y no todos los devengados por la accionante durante el año en el cual adquirió el estatus de pensionado, como fueron: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima especial de riesgo, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por recreación y prima de navidad, pues sobre ellos no hubo prueba de su cotización.

27. La pensión debe liquidarse sobre el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, según lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985; es decir, en el caso concreto, desde julio de 2008 a julio de 2009,

fecha en la cual se hizo efectivo el retiro del servicio.

28. El Tribunal estableció que era más favorable para la demandante aplicar en su integridad la Ley 33 de 1985 frente a la Ley 100 de 1993, a partir de la comparación matemática que efectuó entre el promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicios y el promedio de lo devengado durante el último año de servicio (julio de 2008 a julio de 2009), teniendo en cuenta para ello el salario mensual y la bonificación por servicios prestados.

Los recursos de apelación

29. La **parte actora** solicita que en la reliquidación pensional se incluyan todos los factores salariales devengados en el último año de servicios de acuerdo con el precedente del 4 de agosto de 2010. Argumenta que en el presente caso no procede la aplicación del precedente constitucional fijado en sentencia C-258/13, por cuanto la pensión de la demandante no alcanza los dos salarios mínimos mensuales vigentes. La sentencia no puede extenderse a casos distintos a los regímenes de privilegio previstos en la norma declarada inexecutable.

30. La **UGPP** solicita que se revoque la sentencia apelada, por cuanto no está de acuerdo con la fecha que se aplicó para efectuar la reliquidación pensional de la demandante. En la sentencia se tomó como último año de servicios el período comprendido entre julio de 2008 a julio de 2009 y en la demanda la solicitud hace referencia a una fecha distinta, 1 de junio de 2006. Considera que el fallo debe revocarse por violación al principio de congruencia.

Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

31. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicita que se revoque parcialmente la sentencia apelada, porque considera que incurrió en varios errores graves, entre ellos, “el desconocimiento del precedente

constitucional vinculante, la afectación de derechos fundamentales de la entidad demandante (sic), el desconocimiento de principios constitucionales aplicables al sistema general de pensiones y la afectación de la seguridad jurídica y el patrimonio público del Estado”.

32. Dice que se aplicó a medias y a conveniencia el precedente constitucional vinculante de la Corte Constitucional en cuanto a la exclusión del IBL del régimen de transición fijado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

33. Que hubo un grave error en la aplicación del principio de favorabilidad, porque se apartó de las reglas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y creó “de facto” una nueva “regla”, “según la cual todos los jueces son, en últimas, libres de decidir si aplican o no lo previsto en la regulación vigente sobre el régimen de transición; no obstante, dicho régimen no prevé ninguna situación que justifique la aplicación de la favorabilidad como criterio hermenéutico válido.

34. La interpretación del régimen de transición no es incierta: (i) el artículo 36 de la ley 100 de 1993 es claro en establecer quiénes pueden acceder al mismo y las condiciones como acceden; y (ii) el precedente constitucional vinculante se ha encargado de dar un altísimo grado de certeza a la interpretación y aplicación del régimen de transición.

CONSIDERACIONES

Competencia

35. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para proferir esta sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo previsto en los artículos 111.3 y 271 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 150 ibídem.

36. Mediante auto de 29 de agosto de 2017 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo avocó el conocimiento de este asunto para proferir sentencia de unificación sobre los siguientes aspectos:

37. A partir de los distintos criterios interpretativos sobre el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dentro del régimen de transición, la Sala definió como tema a unificar “si el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se aplica al régimen de transición”. De este análisis se desprenden los siguientes subtemas a definir:

“(i) **Período de liquidación del IBL:** si se toma el último año de servicios, conforme al inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o durante los últimos diez años de servicios o lo que le faltare para pensionarse, si fueren menos de 10 años, conforme el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(ii) **Factores para establecer el IBL:** si se deben incluir todos los factores que constituyen salario o solo los descritos en el Decreto 1158 de 1994; también si se deben incluir solo aquellos sobre los cuales se cotizó o realizó aportes al Sistema o sobre los devengados. En este subtema, se establecerá si los aportes [sobre los cuales el afiliado no realizó las cotizaciones, pero se tienen en cuenta en la base de liquidación, y para efectos de la respectiva compensación] deben ser indexados o con cálculo actuarial”.

38. La necesidad de definir estos temas surge a partir de algunas decisiones que, en sede ordinaria y de tutela, han desconocido el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda de esta Corporación, no solo en jurisprudencia reiterada y constante de los últimos años, sino en la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda, a propósito de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sobre el problema interpretativo en materia de aplicación integral de los regímenes pensionales, a partir de las reglas de la transición sobre las condiciones del IBL aplicables a todos los beneficiarios del régimen general de la Ley 33 de 1985.

39. Con este propósito, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en primer lugar, presentará el caso concreto, del cual señalará el problema jurídico y las diferentes interpretaciones frente a la liquidación de la pensión de la actora. A partir de ello, abordará el estudio del régimen de transición pensional, los diversos pronunciamientos sobre el tema por parte de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, para, finalmente, fijar la tesis que responda al interrogante planteado al inicio de estas consideraciones.

Presentación del caso y problema jurídico

40. La señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro se vinculó al Departamento Administrativo de Seguridad DAS el 3 de diciembre de 1985 en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales (aseadora) de la planta de oficinas seccionales y puestos operativos, hasta el 1 de agosto de 2009, que fue retirada el servicio mediante Resolución No. 0872 de 23 de julio de 2009³.

41. El 23 de junio de 2006 la actora presentó, ante CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN, solicitud de pensión vitalicia por vejez, la cual fue reconocida mediante Resolución 58686 del 25 de octubre de 2006, en cuantía de \$554.300.56, efectiva a partir del 1 de junio de 2006⁴. La peticionaria debía demostrar el retiro definitivo del servicio para el disfrute de la pensión. El reconocimiento tuvo como fundamento la “Ley 100/93, art. 36; Decreto 1158/94 art. 1; Decreto 01/84, Ley 33/85 art. 1 parágrafo 2 inc. 1”.

42. El 5 de marzo de 2010, la señora Gladis Guerrero de Montenegro solicitó reliquidación de la pensión, para que se incluyeran como factores en su liquidación pensional los devengados en el último año de servicios⁵. La anterior solicitud fue reiterada mediante escritos de fechas 16 de agosto de 2011⁶ y 15 de junio de 2012⁷. En el escrito del 16 de agosto de 2011 la

³ Folio 18

⁴ Folios 116 y siguientes

⁵ Folios 136 a 141

⁶ Folios 168 a 181

⁷ Folio 12

peticionaria solicitó que se aplique la interpretación más favorable a su situación pensional en relación con los factores salariales que constituyen el ingreso base de liquidación.

43. Mediante Resolución UGM 053060 de 26 de julio de 2012, el Liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social, E.I.C.E., En Liquidación, negó la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez de la actora, porque, de acuerdo con la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el derecho pensional se adquiere con los siguientes requisitos:

- Edad de pensión: 55 años para hombres y mujeres
- Tiempo de servicios: 20 años
- Monto: 75%
- Ingreso Base de Liquidación: Artículo 18 de la Ley 100 de 1993⁸
- Con los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994⁹.

44. Inconforme con esta decisión, la actora acudió a la jurisdicción en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, como quedó precisado en los antecedentes.

45. De acuerdo con lo anterior, los problemas jurídicos en el presente caso se plantean en los siguientes términos:

(i) ¿Para la reliquidación de la pensión de la señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, por ser beneficiaria del régimen de transición, debe aplicarse el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985?

(ii) ¿Si en la base de la reliquidación pensional deben incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que realizó aportes?

⁸ El IBL está previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y no en el artículo 18 como erróneamente lo señala el acto demandado.

⁹ Folios 13-14

46. La Sala anticipa que la señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, al primero de abril de 1994, contaba con más de 35 años y se encontraba afiliada y cotizando bajo el régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985¹⁰, es decir, no se discute que era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Régimen de transición pensional en el Sistema General de Pensiones

47. Con anterioridad a la Ley 100 de 1993 el legislador fijó requisitos y condiciones para acceder a la pensión de jubilación, entre otras disposiciones, en la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985 y el Acuerdo 049 de 1990 Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.

48. Con la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General de Pensiones para todos los habitantes del territorio nacional con el fin de garantizar, con amplia cobertura, a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte¹¹. Con dicha implementación el legislador quiso proteger a dos grandes grupos de personas que se encontraban bajo regímenes pensionales anteriores, regímenes que quedarían insubsistentes ante la entrada en vigencia del nuevo sistema¹².

49. El primer grupo de personas fue aquel que tenía unos **derechos, garantías o beneficios adquiridos** y establecidos conforme a las disposiciones normativas anteriores, para quienes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encontraran pensionados por jubilación, vejez, invalidez,

¹⁰ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1933 de 1988 “Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”.

¹¹ La fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones fue el 1 de abril de 1994 para el sector privado y el sector público nacional; y el 30 de junio de 1995 para el sector público territorial, salvo que la respectiva autoridad territorial anticipara la citada fecha (Ley 100/93, art. 151).

¹² La **derogatoria orgánica** de una norma se encuentra prevista en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 que dice: “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general (artículo 11).

50. El segundo grupo de personas, al que quiso proteger el legislador, fue a aquel que estaba **próximo a adquirir el derecho a la pensión** conforme a las disposiciones legales anteriores. Para este grupo, la Ley 100 de 1993 otorgó una vigencia ultractiva de algunos elementos del régimen pensional que lo cobijaba, concediéndole a dicho régimen unos efectos con el fin que a medida que estas personas cumplieran los requisitos para acceder a una pensión adquirieran el derecho en los términos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

51. Ciertamente, la Ley 100 de 1993, en su artículo 36, estableció el **régimen de transición** como mecanismo de protección frente al impacto del tránsito legislativo en materia pensional para quienes no hubieren consolidado el derecho a la pensión durante la vigencia normativa anterior, pero estaban próximos a cumplir los requisitos para ello, caso en el cual se les mantendrían algunos presupuestos para acceder a la pensión en condiciones particulares, más favorables y diferentes frente a quienes fueran cobijados por el Sistema General de Pensiones.

52. La Corte Constitucional, en sentencia C-540 de 2008, analizó la vigencia de la Ley 33 de 1985, regulatoria del régimen general de pensiones para servidores públicos, y consideró que esta “rige de manera ultractiva y aún produce efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. Esto obedece a que, en consideración a la existencia de una multiplicidad de regímenes pensionales anteriores a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, y con el propósito de proteger la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión en las condiciones particulares de cada régimen, la misma Ley, en su artículo 36, previó un régimen de transición [...]”¹³.

¹³ En este caso la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 33 de 1985, porque a juicio de las demandantes se violaba el artículo 13 constitucional al igualar la edad de jubilación de empleados y empleadas oficiales. M.P. Humberto Sierra Porto.

53. Como lo explica la Corte Constitucional, **la Ley 33 de 1985 “aún produce efectos jurídicos para el grupo poblacional cobijado por el régimen de transición [...]**” (resalta la Sala)¹⁴.

54. En efecto, la Ley 33 de 1985 aún produce efectos por virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone:

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

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

<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~~¹⁵.

55. El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se creó para proteger las expectativas legítimas que tenían los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Aparte declarado inexecutable en sentencia C-168 de 1995.

conformado por “los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con **35 años de edad o más si son mujeres**, o con **40 si son hombres**, o **15 años o más de servicios cotizados**”¹⁶. Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición¹⁷.

56. En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

57. La Corte Constitucional, en sentencia C-168 de 1995, en control abstracto de constitucionalidad, declaró exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, salvo el aparte final del inciso tercero que fue declarado inexecutable¹⁸.

58. La declaratoria de exequibilidad se fundamentó en que los incisos segundo y tercero no violaban el artículo 53 de la Carta, porque el legislador al establecer las reglas de transición fijadas en ellos fue más allá de la protección de los derechos adquiridos, **salvaguardando las expectativas** de quienes estaban próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que mostraba “una plausible política social” que se adecuaba al artículo 25 constitucional, que garantiza una especial protección al trabajo.

59. Así mismo, la Corte consideró que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las condiciones señaladas en la ley para acceder a la pensión de vejez, no es la misma de aquellas que

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Los regímenes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social están taxativamente determinados en el artículo 279 de la misma Ley 100, sin que se mencione como exceptuado el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985 (C-540 de 2008).

¹⁸ La norma señalaba: “Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere 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”

apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida, pues a pesar de que en ambos casos se tienen meras expectativas, sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente.

60. Para aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición y que consolidaran el derecho a la pensión bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, la Corte consideró que debía acudirse al principio de favorabilidad, que rige en materia laboral. Señaló “que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador”. Así lo explicó:

“[...] que la **"condición más beneficiosa"** para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla [...].

La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”¹⁹.

61. De acuerdo con lo expuesto, la sentencia **C-168 de 1995** constituye un pronunciamiento jurisprudencial importante en materia de transición para precisar que algunos elementos del régimen pensional anterior a la Ley 100 de 1993 se extienden en el tiempo para aquellas personas que tienen una expectativa legítima de adquirir su pensión, eso sí con la opción de escoger la

¹⁹ C-168 de 1995.

condición más beneficiosa para definir su derecho pensional, esto es, entre el regimen de transición y el regimen previsto en la Ley 100 de 1993.

62. Precisamente, sobre el principio de la condición más beneficiosa, la Corte Constitucional, en sentencia **C-596 de 1997**, declaró exequible la expresión “*a/ cual se encuentren afiliados*” contenida en el **inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, que consideró que no era violatoria de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

63. La Corte, en la sentencia C-596 de 1997, al analizar el sentido y alcance de la norma demandada, sobre el régimen de transición precisó que “Dicho beneficio consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se exigían en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley mencionada. Por lo tanto estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rigen por la nueva ley (la Ley 100 de 1993), sino por las disposiciones que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley. Las demás condiciones y requisitos, distintos de los mencionados, si se rigen por la referida Ley 100”.

64. La Corte explicó que el beneficio estaba dado por la “**posibilidad de obtener la pensión**” **según los requisitos del régimen pensional anterior**, siempre y cuando estuvieran afiliados al mismo. Y al efecto consideró: “No podía ser de otra forma, porque de lo contrario, se pregunta la Corte: ¿Cuáles serían los requisitos o condiciones más favorables que se harían prevalecer frente a las exigencias de la nueva ley? Si la persona no estaba vinculada a ningún régimen pensional, no existía ni siquiera la expectativa de derecho a pensionarse según determinados requisitos [...] Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior”²⁰ (resalta la Sala).

²⁰ Sentencia **C-596 de 1997**.

65. Como corolario de lo anterior, es claro que las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, en virtud del principio de favorabilidad, al momento de consolidar su status pensional, pueden optar por un reconocimiento en las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (régimen de transición) o bajo los presupuestos de la pensión de vejez regulada en el Sistema General de Pensiones previstos en los artículos 33 y 34 en concordancia con el artículo 21 ibídem; el que le resulte más favorable.

El Ingreso base de Liquidación en el régimen de transición

66. La aplicación del régimen pensional de transición para quien opte por este, significa que los requisitos de la edad y el tiempo, y el monto de su pensión sean los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a los regímenes pensionales anteriores, en virtud de los efectos ultractivos dados a los mismos.

67. Lo anterior cobra relevancia en la medida en que si bien el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señaló que el monto de la pensión para los beneficiarios de la transición sería el previsto en el régimen anterior al cual se encontrarán afiliados, lo cierto es que el inciso 3 de la misma disposición previó de manera expresa un **ingreso base para la liquidación de la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso 2** que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, definiendo así uno los elementos del monto pensional.

68. La redacción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre cuál es el ingreso base de liquidación que se debe tomar en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen de transición, pues el concepto “**monto**” señalado en el inciso 2 de esa disposición daría lugar a entender, como lo ha considerado la Sección Segunda del Consejo de Estado, que la mesada pensional o monto incluye el IBL y la tasa de reemplazo previstos en los regímenes anteriores. Sin embargo, otra interpretación es que, en virtud de lo previsto en el inciso 3 ibídem, para establecer el monto de la pensión, solo se tomaría la tasa de reemplazo del

régimen anterior, teniendo en cuenta que el IBL fue expresamente definido por este inciso para el régimen de transición. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia son de esta tesis.

69. La tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado de aplicación inescindible del elemento “monto” para las pensiones reconocidas bajo los regímenes anteriores, tiene como explicación que la acepción de la palabra “**monto**” debe entenderse como 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 1993²¹. Ello en virtud del efecto útil de la última regla del inciso 2º, en la medida en que no existen condiciones y requisitos distintos para acceder al derecho a los ya señalados en la norma. El inciso 3º del artículo 36 prevé un **ingreso base** y una liquidación aritmética diferente a la que se deduce de la interpretación del inciso 2º, en la que del “**monto**” se infiere un **ingreso base** que se rige también conforme al ordenamiento jurídico anterior. A juicio de la Sección Segunda de la Corporación, la redacción contradictoria del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política se debe tener en cuenta la regla más favorable, o sea la prevista en el inciso 2º.

70. En otra oportunidad, la Sección Segunda consideró que “Si se liquida la pensión como lo indica el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se **afecta el monto de la pensión y de paso también se afecta el beneficio que constituye la esencia del régimen de transición, pues una es la forma de liquidar la pensión prevista en la normatividad anterior y otra como lo prevé la nueva ley [...]** 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, [...] se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la ley en los términos ya indicados”²².

71. Estos argumentos han consolidado la postura de la Sección Segunda de la Corporación, según la cual la expresión “monto”, incluida por el legislador

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de septiembre de 2000, Exp. 470-99.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 30 de noviembre de 2000. Radicación 2004-2000. C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

en el inciso segundo del citado artículo 36, necesariamente comprende el ingreso base de liquidación como uno de los elementos protegidos por el régimen de transición y, de esta manera, lo ha reiterado en varios pronunciamientos²³.

72. Así mismo, la tesis de la aplicación del IBL del régimen general anterior de pensiones a los beneficiarios del régimen de transición fue sostenida por la Corte Constitucional en sede de tutela, como lo resumió la misma Corporación en sentencia SU-230 de 2015, al señalar: “Es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela (T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009) cuya *ratio decidendi* precisa que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

73. Ahora bien, la otra tesis consistente en que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe aplicarse para establecer el monto pensional de las personas beneficiarias del régimen de transición fue desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 que estudió la

²³ El mismo criterio ha sido reiterado por la Sección Segunda en numerosas providencias, dentro de las cuales se destacan las siguientes: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 23 de noviembre de 2000. Radicación 2936-1999. C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 16 de febrero de 2006. Radicación 76001-23-31-000-2002-04076-01(4076-04). C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Radicación 15001-23-31-000-2003-02794-01(1564-06). C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección B. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Radicación 19001-23-31-000-2000-03034-01(2502-05). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección B. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicación 25000-23-25-000-2003-04619-01(4799-05). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección A. Sentencia de 8 de agosto de 2011. Radicación 25000-23-25-000-2003-08611-01(0447-09). C.P. Alfonso Vargas Rincón. Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2013. Radicación 25000-23-25-000-2010-00898-01(0112-12). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, aplicable a congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios²⁴.

74. En efecto, la Corte Constitucional, mediante **sentencia C-258 de 2013**, declaró inexecutable las expresiones “durante el último año y por todo concepto” y “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo. Y declaró executable, bajo condicionamiento, las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

75. La Corte fundamentó su decisión en que son evidentes las ventajas que se desprenden para los congresistas y demás altos funcionarios cobijados por dicha norma, lo que quebranta el **principio de igualdad**. La aplicación de la norma conlleva a que estos servidores, que están mejor situados económicamente dentro de la población, son “favorecidos por ventajas también económicas de las que no gozan el resto de la población pensionada y que además suponen un alto subsidio con recursos públicos”, concediendo un “tratamiento diferenciado favorable en beneficio de un grupo que ya está en mejores condiciones que los demás grupos comparables. El tratamiento favorable se tradujo, en razón del derecho viviente, en que la brecha entre la pensión promedio y la pensión reconocida al amparo del artículo 17 fuera manifiestamente desproporcionada”.

76. La Corte también consideró transgredido, según el derecho viviente, el **principio de solidaridad**, pues con la aplicación del IBL del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, se permitía que “los recursos de la seguridad social no se destinen con prelación a los sectores más pobres y vulnerables, sino a personas

²⁴ “ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, **durante el último año, y por todo concepto**, perciba el Congresista. **Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.**

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”

con altos ingresos, cuyas cotizaciones carecen de una relación de correspondencia con el monto de la pensión que les fue reconocida”.

77. En conclusión, la Corte retiró del ordenamiento jurídico el IBL del régimen especial de congresistas y demás servidores públicos a los que le era aplicable el mencionado artículo 17 de la Ley 4 de 1992, porque violaba los artículos 13 y 48 de la Carta. Ello conllevó a que se creara un vacío respecto de la regla del Ingreso Base de Liquidación que debía aplicarse para la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen especial del citado artículo 17. Para llenar este vacío, la Corte Constitucional consideró compatible la aplicación de la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, pues de lo contrario, se conduciría a “una situación de inconstitucionalidad aún más grave, pues haría imposible la liquidación de las pensiones y limitaría entonces de forma absoluta el derecho a la seguridad social en pensiones de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio”.

78. La justificación para acudir al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para efectos de liquidar la pensión en el régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, luego de considerar que las expresiones demandadas quebrantaban los principios constitucionales de igualdad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, fue la siguiente:

“La interpretación de estas expresiones conlleva la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación. En efecto, 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. **El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36 [...]**”.

79. Esta sentencia C-258 de 2013, de conformidad con el artículo 243 de la Carta, hace tránsito a **cosa juzgada constitucional** con efectos erga omnes y es de obligatorio cumplimiento, lo que significa:

79.1.- Que las expresiones declaradas inexecutable del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 fueron retiradas del ordenamiento jurídico, por lo tanto, ningún intérprete judicial o administrativo puede aplicarlas para el reconocimiento y liquidación pensional de los beneficiarios de las pensiones de “**privilegio**” concedidas conforme al régimen allí previsto; ellos son: Congresistas, Magistrados de Altas Cortes (Art. 28 Decreto 104 de 1994) y otros Altos Funcionarios a los que resulta aplicable el citado artículo 17²⁵.

79.2.- El Ingreso Base de Liquidación, IBL, para liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, mencionados en el numeral anterior, es el previsto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

79.3.- Para esta clase de servidores beneficiarios del régimen especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el IBL no hace parte de la transición como la misma Corte Constitucional lo anunció en la parte motiva de la sentencia C-258 de 2013 al señalar:

“En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia, además de declarar inexecutable la expresión “*durante el último año*” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, la exequibilidad del resto del precepto será condicionadas a que se entienda que las reglas sobre IBL aplicables a todos los beneficiarios de ese régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso”.

²⁵ Entre quienes se encuentran, el Procurador General de la Nación (Decreto 65 de 1998 Art. 25), el Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Contralor General, el Defensor del Pueblo, Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado (Art. 25 del decreto 682 del 10 de abril de 2002).

80. Además de estudiar el IBL en el régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 la Corte Constitucional, en la sentencia mencionada, se refirió a aquellas **pensiones adquiridas con abuso del derecho o fraude a la ley**, así:

“[...] Recuerda la Corte que, para ese menester se tendrá en cuenta, de manera preponderante, la dimensión objetiva de los conceptos del **abuso del derecho y fraude a la ley**, de manera que no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del **empleo de una interpretación de la ley que, a la luz de lo establecido en esta sentencia, resulta contrario a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación.**

[...] Esto suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva. Ello en aprovechamiento de las tesis de algunas corporaciones judiciales sobre las reglas de la transición y del Ingreso Base de Liquidación. Cabe señalar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento, se repite, debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral”.

81. Sobre las pensiones reconocidas con abuso del derecho o fraude a la ley, la Corte Constitucional aplicó la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013, entre otras, en las siguientes sentencias: (i) la **sentencia SU-427 de 2016**, para régimen prestacional de la Rama Judicial (**Decreto 546 de 1971**²⁶) en un caso de vinculación precaria de encargo (1 mes y 6 días) con lo cual se obtuvo un aumento desproporcionado de la prestación (de \$3.935.780 pesos m/cte. a \$14.140.249 pesos m/cte.); (ii) la **sentencia SU-210 de 2017** en la que se consideró que “Permitir que alguien se vea favorecido

²⁶ “Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares”.

con las ventajas de un régimen pensional especial, como el de Congresistas, constituye un claro desconocimiento del principio de solidaridad al perpetuar exigencias y beneficios desproporcionados a personas que no tenían una *expectativa protegible* al 1° de abril de 1994”; y (iii) la sentencia **SU-631 de 2017**, sobre régimen de la Rama Judicial, caso que se trató de la obtención de una ventaja individual irrazonable, fundada en una vinculación precaria, entendida como la relación entre un empleado o funcionario público y el Estado, que tiene una duración reducida en el tiempo. En estos pronunciamientos determinó que el IBL para liquidar las pensiones reconocidas bajo la transición en los regímenes especiales era el previsto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 *ibídem*, según el caso.

82. Para el régimen general de pensiones que estaba vigente con anterioridad de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sede de tutela, extendió la *ratio decidendi* de la sentencia C-258 de 2013 a controversias suscitadas en torno a los reconocimientos pensionales de personas beneficiadas con el régimen de transición y a quienes se les aplicaba la Ley 33 de 1985. Tales sentencias fueron, entre otras, la SU-230 de 2015, la SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018. En estos casos también consideró que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debía aplicarse frente a las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985.

83. La Corte Suprema de Justicia ha sido constante en señalar que el IBL para efectos de liquidar la pensión en el régimen de transición está regulado por el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues fue el propio legislador quien, al diseñar la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de transición, dispuso que ese régimen estaría gobernado en parte por la normativa que, antes de entrar en vigor ese sistema, se aplicaba al beneficiario y, en otra parte, por el propio artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero en uno solo de los elementos que conforman el derecho pensional: el ingreso base de liquidación. Así lo expresó la Corte:

“[...] esos regímenes pueden tener diferentes modalidades respecto de la utilización de la nueva preceptiva y la vigencia de las normas derogadas o modificadas, de ahí que no impliquen necesariamente la aplicación, en su integridad, de estas normas, que, por lo general, consagran beneficios más

favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social. Ya la Corte Constitucional ha explicado, al referirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que goza el legislador de un amplio poder de configuración al momento de definir la protección que le otorgue a las expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales.

Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado²⁷.

84. Planteadas así las tesis sobre el IBL aplicable en el régimen de transición, la Sala advierte que el aspecto que ha suscitado controversia es el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el **último año de servicio**”, mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que 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. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.

²⁷ Sala de Casación Laboral, sentencia del 17 de octubre de 2008. Radicación 33.343.

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas²⁸.

88. Como toda reforma pensional implica un cambio de las condiciones para acceder a la pensión, es importante que ese cambio no resulte traumático o desafortunado para aquellas personas que, si bien no alcanzaron a consolidar su derecho pensional bajo el régimen anterior, sí estaban próximos a adquirir tal derecho y venían cotizando con la confianza legítima que se pensionarían en las condiciones que los cobijaban.

89. Entonces la razonabilidad de ese cambio legislativo está en poder conciliar la finalidad que motiva la reforma pensional con la confianza y la

²⁸ En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

expectativa de los ciudadanos que están próximos a pensionarse, es decir, garantizar el interés general sin sacrificar del todo el interés particular. Es importante precisar que un cambio en el sistema de pensiones necesariamente implica el establecimiento de requisitos y condiciones, en principio, menos favorables, para adquirir la pensión, por eso se requiere un periodo de transición que permita implementar de manera ponderada y equilibrada el nuevo régimen, concretamente, para aquellas personas que, bajo las condiciones legales anteriores, podrían adquirir su pensión en un corto periodo de tiempo.

90. En el caso de la Ley 100 de 1993, el legislador quiso conciliar la finalidad que motivó la reforma, con la protección frente al impacto que el tránsito legislativo iba a generar, estableciendo un régimen de transición especial para el grupo de personas a las que ya se ha hecho referencia; régimen distinto tanto del anterior como del nuevo, con unas reglas que conservaban los requisitos del régimen anterior, pero con un elemento particular, concretamente, el periodo que se iría a tener en cuenta para fijar el monto de la mesada pensional; periodo que no es otro que el previsto en el inciso 3 del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993²⁹, así:

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

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen

²⁹ Aplicable en virtud del inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que dispone que 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.

transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“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”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

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

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo

devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989³⁰. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

[...]

2. Pensiones:

[...]

³⁰ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al **75% del salario mensual promedio del último año**. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional [...].”

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres [...].”

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Esta regulación fue ratificada por el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

“[...] Párrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones

legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

96. **La segunda subregla** es que 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.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

Solución del caso concreto

104. Según los antecedentes administrativos del acto administrativo demandado, la actora presentó los siguientes documentos ante la entidad:

- Registro civil de nacimiento en el que consta que la señora Gladis del Carmen Guerrero nació el 6 de agosto de 1948³¹.
- Certificación expedida el 5 de abril de 2006 por el subdirector de talento humano sobre el tiempo total de servicios: veinte (20) años, cuatro (04) meses, dos (02) días, desde el 85/12/03 al 06/04/05, sin interrupciones, en el cargo de Auxiliar de Servicios; tiempo durante el cual se efectuaron “los descuentos reglamentarios de afiliación y periódicas con destino a las respectivas cajas de previsión...”³².
- Certificación expedida por el pagador seccional del DAS, Nariño, que acredita las sumas devengadas durante el período comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de mayo de 2006; periodo durante el cual “se le cancelaron los sueldos respectivos y se efectuaron los descuentos reglamentarios con destino a la Caja Nacional de Previsión Social”³³.

105. De acuerdo con lo probado en el expediente, la demandante continuó vinculada al servicio público con posterioridad a la fecha en que causó su derecho pensional reconocido mediante Resolución 58686 de 25/10/2006. El retiro definitivo del servicio se produjo a partir del 01 de agosto de 2009³⁴. Según el acto de reconocimiento, la entidad tuvo en cuenta las siguientes circunstancias:

- La peticionaria laboró un total de 7378 días, 1054 semanas (período comprendido desde 1985/12/03 hasta 2006/05/30).

³¹ Folio 94

³² Folio 95

³³ Folios 96 a 112

³⁴ Folio 18

- Nació el 6 de agosto de 1948 y a la fecha del reconocimiento tenía más de 57 años de edad.
- El último cargo desempeñado fue el de auxiliar de servicios 325-07 del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.
- Adquirió el estatus jurídico el 2 de diciembre de 2005.
- La liquidación se efectuó **con el 75% “del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y sentencia 168 del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, entre el 01 de junio de 1996 y el 30 de mayo de 2006”**.
- Los factores incluidos en la liquidación, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994 fueron: **Asignación básica y bonificación por servicios. Para el año 1997 se tuvo en cuenta la bonificación por compensación.**

106. La señora Guerrero de Montenegro, en virtud del Decreto 691 de 1994, fue incorporada al Sistema General de Pensiones. A la fecha de entrada en vigencia del sistema³⁵, la demandante contaba con más de 45 años de edad y le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

107. Es indiscutible que la señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que significa que para el reconocimiento de su pensión, se aplican las reglas previstas en la Ley 33 de 1985, en cuanto a:

- La edad para consolidar el derecho: 55 años
- El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas: 20 años
- El monto: 75%

108. Para el cálculo del monto pensional, el IBL corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó 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, conforme con el artículo 21 de la Ley 100

³⁵ Para su caso, 1 de abril de 1994 de acuerdo con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem.

109. La aplicación del régimen de transición para la actora, conforme con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, significa que la liquidación de su pensión, efectuada por la entidad demandada, aplicando la tasa de reemplazo equivalente al 75% sobre el IBL señalado en el párrafo anterior se ajustó a derecho; razón por la cual no procedía la reliquidación pensional con el fin de tomar como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no realizó los aportes al Sistema.

110. Para responder el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones, la Sala establece que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados, como lo pretende la actora.

111. Bajo estas consideraciones se deben negar las pretensiones de la demanda, previa revocatoria de la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró la nulidad parcial del acto administrativo que negó la reliquidación de la pensión de la actora y ordenó a la UGPP efectuar dicha reliquidación con la inclusión de los factores salariales sobre los que realizó aportes durante el último año de servicios.

112. Teniendo en cuenta que esta providencia es una sentencia de unificación, la Sala a continuación fijará los efectos de la decisión como fuente de derecho.

Efectos de la presente decisión

113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política³⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el

³⁶ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.

118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo.

DECISIÓN

119. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño-Sala de Decisión Oral- el 5 de julio de 2013 en cuanto declaró la nulidad parcial de la Resolución UGM 053060 de 26 de junio de 2012 y, en su lugar, negará las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la

interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

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

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

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

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

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

Cuarto: Revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño -Sala de Decisión Oral- el 5 de julio de 2013. En su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Quinto: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI» y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE. CÚMPLASE.

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

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

MILTON CHAVES GARCÍA

OSWALDO GIRALDO LOPEZ

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

ALBERTO YEPES BARREIRO