



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Tercera de Decisión

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete.

Sincelejo, septiembre veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicación: 70-001-33-33-004-2016-00132-01

Demandante: Dalis María Geliz Calvo.

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

Asunto: Sentencia de segunda instancia

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia de 16 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la que se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

La señora DALIS MARÍA GELIZ CALVO, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES¹-, solicitando que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 1040 del 3 de enero de 2014, por medio de la cual se le concede una pensión mensual vitalicia

¹ En adelante Colpensiones.

de vejez, y la nulidad Parcial de la Resolución No VPB 13875 del 20 de agosto de 2014, por medio de cual se le reliquidó la pensión.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicita; **(i)** Que se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación desde el 1º de marzo de 2014, hasta la fecha en que se dice la sentencia, incrementando el valor de la mesada pensional inicial a la suma de un millón novecientos veintiséis mil ochocientos ocho pesos con veinticinco centavos (\$1.926.808,25), o en el valor que se establezca en el proceso, aplicando en consecuencia, la Ley 33 de 1985, y los nuevos factores salariales, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y asignación básica mensual, devengados durante el último año de servicios prestados; **(ii)** a pagar el retroactivo pensional que se genere de la liquidación a partir del 1º de marzo de 2014, hasta que se efectúe la inclusión en nómina de pensionados del nuevo valor de la mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año con los incrementos anuales de ley; **(iii)** que se indexe el valor de las mesadas, primas, y demás emolumentos adeudados hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del retroactivo pensional, que resulte de la liquidación efectuada.

1.2. Fundamentos fácticos.-

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala resumirá la situación fáctica narrada por la parte actora en la demanda, así:

.-La demandante prestó sus servicios personales a entidades estatales, el último sueldo devengado fue de \$ 1.923.929.00, y el último cargo desempeñado fue el de Auxiliar Administrativa, Grado 03. Que laboró por espacio de más de 30 Años, es decir, once mil cuatrocientos sesenta y ocho (11.468) días de servicios prestados a entidades públicas

señaladas, cotizando en pensiones al Instituto de Seguros Sociales, mil seiscientos treinta y ocho (1.638) semanas cotizadas.

.- El 25 de abril del año 2012, fecha para la cual tenía más de cincuenta y cinco (55) años de edad y más de veinte (20) años de servicios prestados al Estado, presentó ante Colpensiones, solicitud de pensión de jubilación; dicha petición fue resuelta a través de la Resolución No. GNR 1040 del 3 de enero de 2014, reconociendo una pensión mensual de vejez en cuantía de \$ 1.150.238.

.- Que presentó derecho de petición, solicitando la reliquidación de la pensión jubilación, con la aplicación de la Ley 33 de 1985 y con el objeto de que se incluyeran nuevos factores salariales, tomando la última asignación mensual devengada para liquidar la prestación económica en comento, siendo resuelto mediante Resolución No VPB 13875 del 20 de agosto de 2014.

.- Es beneficiaría del Régimen de Transición que trae artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que al 1º de abril de 1994, fecha de su entrada en vigencia, contaba con más de 35 años de edad, y más de 15 años de servicios prestados al Estado. Razón por la cual, tiene derecho a que se le aplique el régimen anterior al que se encontraba afiliada, Ley 33 de 1985.

.- Que adquirió el estatus de pensionada el **1º de septiembre de 1993²**, antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y durante el último año de servicios, percibió la siguiente asignación mensual y factores salariales, así:

- *Sueldo: \$1.923.929*
- *Prima de vacaciones: \$1.061.864*

² Así se escribe en el hecho 7º de la demanda, pero la lectura integral del libelo lo hace entender como un lapsus calami.

- *Prima de servicios: \$1.919.267*
- *Prima de navidad: \$2.171.064*
- *Bonificación por servicios prestados: 654.143*

1.3. Normas violadas y concepto de violación.-

La parte demandante citó como normas violadas por el acto administrativo acusado, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 3 inciso 2º y 3º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Manifiesta que el derecho pensional no se extingue, y no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo, a factores que se constituyen como parte integrante del derecho, y es aplicable al aforismo de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, luego entonces, el salario es factor principal para el reconocimiento de la pensión.

Que en su momento, el ISS debió liquidar la pensión aplicando la Ley 33 de 1985 y lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Finaliza argumentando, que los actos administrativos demandados, violaron la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978, cuando por parte del ISS se aplicó Ley 62 de 1985, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio.

1.4. Contestación de la demanda³.

La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con el argumento de que la pensión de la actora fue liquidada en forma correcta, toda vez que se realizó conforme a lo estipulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y realizando la liquidación en base a 1638

³ Fls. 49 a 54.

semanas, a la cual se le aplicó una tasa de remplazo del 76.22%. Posteriormente, mediante Resolución No. 2014_498140 VPN-1385, al resolver el recurso de apelación, Colpensiones, modifica la Resolución No. GNR1040 del 3 de enero de 2014, y reliquida la pensión de vejez, teniendo como IBL: 1, 932,083 * una tasa de remplazo del 75%, lo que dio la mesada pensional equivalente a \$1.4490628.

Sostuvo que es improcedente la reliquidación de la pensión con todo lo devengado en el último año de servicio, porque la Sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, fijó reglas de interpretación del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el ingreso base de liquidación no fue sometido al tránsito legislativo; por tanto, si al pensionado le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho, se efectuará con el promedio de lo devengado en dicho tiempo.

Propuso las que denominó excepciones de: i) inexistencia de la obligación, ii) improcedencia para reliquidar la pensión jubilación y iii) prescripción.

1.5. La sentencia de primera instancia⁴.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia proferida el 16 de agosto de 2017, resuelve; **(i)** declarar no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada; **(ii)** declarar la nulidad parcial de las Resoluciones N° GNR 1040 del 3 de enero de 2014, y la N° VPB 13875 del 20 de agosto de 2014, y **(iii)** a título de restablecimiento del derecho condenó a la demandada a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, a partir del 1º de junio de 2014, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicio (*sueldo, prima de*

⁴ Fls. 77-83.

vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y bonificación de servicios). Y a pagar las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 1º junio de 2014, fecha de retiro del servicio, con los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal.

En *pro* de lo anterior argumentó, que con respecto a los factores salariales, el Consejo de Estado unificó su Jurisprudencia (*cita sentencia de 4 de agosto de 2010*) y aclaró que el listado de factores salariales consignado en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, no es taxativo, sino enunciativo, por tanto, todos los factores que reciben los funcionarios de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, integran el salario base de liquidación de su pensión, objetivo que tenía como fin garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral. Tesis jurisprudencial que se basa en el artículo 53 de la carta política, que ordena aplicar la norma más benéfica para el trabajador, en caso de duda sobre la interpretación de una o más disposiciones que regulan en forma diferente una misma situación de hecho.

Como conclusión sostuvo el *A quo*, que la base para calcular la pensión de un empleado beneficiario de régimen de transición que se le aplique el establecido en la Ley 33 de 1985, debe contar con todos los factores devengados por el solicitante durante el último año de servicio.

Por último, condenó en costas a la parte demandada.

1.6. La apelación⁵.

⁵ Fls. 90-91.

Colpensiones, interpuso recurso de apelación con el propósito que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se nieguen a las súplicas, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contestación, agregando que la definición y entendimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, será el siguiente:

1. El ingreso base de liquidación no fue aspecto sometido al régimen de transición.

2. Las reglas para calcular el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, son las siguientes:

-Quienes al 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el ingreso base de liquidación se determinará conforme lo establecido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

-Quienes al 1º de abril de 1994 les faltare más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el ingreso base de liquidación se determinará conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

3. El régimen de transición respeta edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto de la pensión del régimen anterior referido solamente a la tasa de reemplazo, como quiera que la intención del legislador fue impedir que el Ingreso Base de Liquidación de los regímenes anteriores tuviera efectos ultractivos. Los únicos factores salariales que se deberán tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Señaló además, que no es procedente acceder a la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, tomando para el efecto el promedio

de los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme lo pretende la interesada, como quiera que para efectuar la liquidación de la prestación de quien se encuentra en transición, se tomará en cuenta del régimen anterior la edad, el tiempo y el monto, entendido éste como la tasa de reemplazo, sin embargo para el cálculo del IBL, se tomará lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

.-Que verificado el texto de la Resolución VPB 13875 del 20 de agosto de 2014, a través de la cual Colpensiones reliquidó una pensión de vejez a favor de la demandante, se constató que para efectos de liquidar el IBL de la prestación, se dio aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, lo cual arrojó un IBL por valor de \$1.932.083, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%; motivo por el cual se concluye que la liquidación de la prestación económica se encuentra ajustada a derecho.

1.7. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 16 de enero de 2018 (fl. 4). Con proveído del 22 de febrero del mismo año, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (fl.8), término dentro del cual sólo se pronunció el **Ministerio Público**, solicitando la confirmación de la sentencia apelada, toda vez que la pensión de jubilación reconocida a la demandante debe reliquidarse conforme a lo devengado durante el último año de servicios, de acuerdo con la Ley 33 de 1995 y las pautas jurisprudenciales trazadas por el H. Consejo de estado sobre esa materia.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico.

Conforme los antecedentes, para resolver la presente alzada, la Sala deberá establecer, si para la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, ha debido tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, lo que determinará, si tiene derecho a la reliquidación en los términos que la solicita.

I. Marco legal del sistema general de pensiones, y la aplicabilidad del régimen de transición.

El sistema general de seguridad social, en el que se encuentra el régimen de pensiones, comenzó a regir y surtir efectos con la expedición de la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, cuyo propósito en el ámbito pensional, fue unificar en un solo sistema, todos los regímenes vigentes al momento de su expedición, es decir, concentró en un misma regulación el régimen pensional de los empleados particulares y servidores públicos, exceptuándose los estipulados en el artículo 279 de esa misma normativa⁶.

⁶ **ARTICULO. 279.-Excepciones.** *El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.*

Así mismo, se exceptúa 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.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos,

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 tuvo la previsión de respetar los derechos adquiridos, inclusive, las expectativas legítimas, de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia, o en su defecto, hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, siendo el régimen anterior más beneficioso al establecido por aquella normativa. Tal garantía, se encuentra consagrada en el artículo 36 de la ley en comento, el cual dispone:

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de los 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 DAÑE. (...)"

En ese sentido, la garantía de que trata la norma, se circunscribe a que en virtud del régimen de transición, aquellos que se encuentran gobernados por un régimen pensional más favorable vigente antes de la Ley 100 de 1993, se les aplique; de manera que el régimen de transición se diseñó "con el fin de que aquellas personas próximas a pensionarse no se vieran afectadas con la creación del Sistema General de Seguridad

forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

*Social en Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993... "manteniéndose "en el régimen pensional al cual estaban afiliados al momento de entrar en vigencia dicha ley, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez."*⁷

Conforme a la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993⁸, 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 prestación pensional, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

En consonancia con ello, entonces en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, normas pensionales anteriores a su vigencia, conservan sus efectos en el tiempo (efectos ultractivos), como suceden en el caso de la Ley 33 de 1985 aplicable a los empleados del sector público⁹, en donde se exige para acceder a la pensión de vejez, tener 55 años de edad y 20 años de servicios, con monto de la mesada equivalente al 75% del ingreso base de liquidación.

II. Criterio Jurisprudencial respecto al ingreso base de liquidación Pensional de empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, y los factores salariales a tener en cuenta.

⁷ Sentencia T – 128 de 2015.

⁸ ARTICULO. 151.-Vigencia del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, **regirá a partir del 1º de abril de 1994**. No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma.

⁹ Con alguna excepciones, como lo sería el caso de los miembros de la Rama Judicial, empleados de la Contraloría General de la República (Decreto Ley 929 de 1976) y la ley 71 de 1988 que reguló la pensión de jubilación por aportes.

Si bien es cierto que existe consenso jurisprudencial – Consejo de Estado y Corte Constitucional – en torno a la aplicabilidad y efectos del régimen pensional más favorable del servidor público vigente antes de la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibídem*, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y el monto a pagar, no lo es menos que frente a este último tópico se ha suscitado una gran discusión y debate relacionado con la forma de determinar ese monto, esto es, los parámetros que se requieren para obtener la base de ingreso pensional que permita cuantificar el derecho pensional.

Así, dentro del elemento monto, la controversia ha gravitado entorno a que si el ingreso base pensional de los cobijados por el régimen pensional de los empleados oficiales vigente con anterioridad a la Ley 100 de 1993, esto es la Ley 33 de 1985, y para los casos de regímenes pensionales especiales como los de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Decreto 546 de 1971) y empleados de la Contraloría General de la República (Decreto Ley 929 de 1976), entre otros, se aplica a los beneficiarios de la transición, o si por el contrario, se encuentra excluido, dado que tales parámetros están expresamente consignados en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera, la controversia también comprende la cuestión, de si en la base de liquidación pensional y/o ingreso base de liquidación, deben incorporarse o incluirse todos los factores salariales devengados en el último año de servicios – para el caso de los empleados oficiales gobernados por la Ley 33 de 1985 y los empleados judiciales regidos por el Decreto 546 de 1971), o en los últimos seis (6) meses antes del retiro del servicio – para el caso de los empleados de la Contraloría General de la República según el artículo 7º del Decreto 929 de 1976 -, o si por el contrario únicamente deben incluirse en la liquidación aquellos

taxativamente enlistados como factores salariales y que fueron objeto de aportes al sistema de seguridad social en pensión.

Al respecto de la controversia en comento, en el Consejo de Estado y en la Corte Constitucional han existido posiciones disímiles, las cuales se traen a colación para efectos de ilustrar los antecedentes jurisprudenciales en esta materia.

El H. Consejo de Estado¹⁰, refiriéndose al ingreso base de liquidación, ha manifestado que este sí hace parte del monto de la pensión, de tal suerte que el ente gestor al aplicar la tasa de remplazo, no debe tomar la preceptiva del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino la que disponga la norma que por vía transicional corresponda, por cuanto liquidar la pensión tomando el monto de una norma y la base de liquidación de otra, sería vulnerar el principio de Inescindibilidad.

Entonces, siendo el IBL parte integrante del monto de la pensión, la mesada pensional debe ser liquidada tanto en su porcentaje o tasa de remplazo como en su base salarial, con fundamento en la norma que por vía de transición se aplique, bien sea la Ley 33 de 1985 *-75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios¹¹-*, el Decreto 546 1971, el Decreto 919 de 1976, respectivamente.

Ahora bien, para el caso de aquellos que se encuentran regulados por la Ley 33 de 1985, en virtud de la transición, para efectos de determinar el salario de liquidación, esta norma y la Ley 62 de 1985,

¹⁰ Ver entre otras las siguientes sentencias de la Sección Segunda: Sentencia del 16 de febrero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04). Sentencia del 23 de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04). Sentencia del 26 de enero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2002-05558-01(2985-05)

¹¹ Consejo de Estado en la sentencia del 25 de marzo de 2010, Sección Segunda, Subsección A, expediente No. 66001-23-31-000-2006-00452-01(1415-07) C.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

señalan los factores salariales que se han de tener en cuenta para conformar la base de liquidación pensional, a saber:

- Asignación básica.
- Gastos de representación.
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- Dominicales y feriados.
- Horas extras.
- Bonificación por servicios prestados.
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Respecto a este punto, al interior de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, no había consenso en la medida que existían diversas interpretaciones sobre los factores salariales a incluir en el salario de liquidación, por un lado se señalaba que la base de liquidación debe estar compuesta únicamente por los factores de salario que se encuentran taxativamente señalados en el ordenamiento jurídico, estos son, los mencionados en el párrafo que antecede, los cuales en su momento fueron objeto de aportes al sistema pensional. Y por otro, estaba la postura que si bien el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, prevé los factores salariales a tener en cuenta, los mismos son meramente enunciativos ya que atendiendo la naturaleza y finalidad del salario, pueden introducirse en la liquidación otros emolumentos que no están textualmente estipulados en el mencionado articulado.

Dada esta disyuntiva jurisprudencial, la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dentro del proceso radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), zanjó esta situación sentando el precedente en la

materia, aduciendo que el régimen de transición permite la aplicación completa e integral de todo el andamiaje en que se edifica el régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, lo que significa que el monto pensional señalado en la Ley 33 de 1985 también debe aplicarse integralmente. Por ello, la base de liquidación para quienes se les aplican la Ley 33 de 1985, está compuesta por la tasa de reemplazo del 75% que se deriva de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, entendiéndose por factores salariales no solo aquellos que están taxativamente señalados en el ordenamiento jurídico como tal, sino todo aquello que recibe el empleado como retribución directa de sus servicios.

Al respecto sobre el carácter enunciativo de los factores salariales, la sentencia de unificación manifestó:

"De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla 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 en 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.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

Del principio de favorabilidad en materia laboral.

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe

ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...)

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

...

a) De los factores de salario para liquidar pensiones.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

"(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del

trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."

(...)

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...)."

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 dé, 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 salario, a más 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 cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, 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.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del

legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional¹².

Destaca la Sala que ésta no se tornó en una posición aislada de la mencionada Alta Corporación, sino que se erige como línea en que se comenzó a consolidar tal postura, al punto que fue acogida por decisiones posteriores¹³.

De otro lado, la H. Corte Constitucional sostiene que el régimen de transición garantiza las expectativas legítimas de quienes se encuentran *ad portas* de pensionarse, conservándose en virtud de los efectos ultractivos de la norma, tres ítems del régimen pensional inmediatamente anterior aplicable al beneficiario, tales como: edad, tiempo de servicios o cotización y monto en lo que se refiere a la tasa de reemplazo.

Ahora, en lo que concierne al "monto", la máxima Corporación Constitucional se aparta del órgano de cierre de lo contencioso administrativo, en consideración a que el "monto" para efectos de las ventajas que trae consigo la transición, únicamente involucra el porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación, y no el cálculo de ese IBL ya que su determinación aritmética no está inmiscuido dentro de las prerrogativas del régimen de transición, como quiera tiene regulación expresa en el inciso 3º del artículo 36 la Ley 100 de 1993.¹⁴

Pues bien, tal postura comenzó a desarrollarse en la sentencia C-258 de 2013, en la cual se fijó una interpretación respecto de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con

¹² Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 20 de marzo de 2013. REF: EXPEDIENTE No. 76001233100020070021701. NÚMERO INTERNO: 03412012. ACTOR: JOSÉ OMAR GONZÁLEZ CRUZ. AUTORIDADES NACIONALES.

¹⁴ Sentencia SU – 395 de 2017: ***“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...”***

el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición. En concreto, sostiene:

*"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.** 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**".*

(...)

*En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) **por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media**; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100- la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión "durante el último año" debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas".*

De conformidad con este precedente constitucional, determinar el ingreso base pensional y/o ingreso base de liquidación conforme las reglas pensionales vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, no fue un beneficio previsto taxativamente por el Congreso, por el contrario, el legislador lo que quiso dentro de su potestad configurativa, fue imponer un método de cálculo autónomo, sin que el mismo esté dentro de las

ventajas de la transición, luego entonces no resultaba adecuado extender los efectos del “monto” que trae regímenes pensionales anteriores en torno al IBL, por cuanto éste precepto fue taxativamente excluido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por tanto, la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el beneficiario de la transición, solo puede tener ventaja en lo que respecta a los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

Seguidamente, la H. Corte Constitucional en sentencia SU – 230 de 2015, ratificó el precedente atrás citado, afianzando el razonamiento de apartar del régimen de transición, el IBL dentro del monto pensional. Al respecto, dijo: “(...) *de esa forma, la Sala Plena [...] reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”*

Y es que la doctrina de la Corte Constitucional, en este asunto, no solo se limita de excluir del régimen transición el IBL para efectos de calcular el derecho pensional, sino también aparta de aquél beneficio los factores salariales enlistados o previstos en las normas pensionales con anterioridad a la Ley 100 de 1993. Así, en sentencia SU – 395 de 2017, se dispuso:

*"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.***

(...)

*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.***

Recientemente, la Alta Corporación Constitucional recogió y reafirmó en la sentencia SU – 023 de 5 de abril de 2018, M. P. Dr. Carlos Bernal Pulido, su postura respecto a no involucrar en el régimen de transición, el IBL para el cálculo pensional, y los factores salariales vertidos en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993:

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

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

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

99. (ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.

100. (iii) *El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.*

101. (iv) **A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.**

102. (v) **El monto corresponde a la tasa de reemplazo o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión.**

103. (vi) **El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3º del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibídem y otras normas especiales en la materia.**

104. (vii) **Los factores constitutivos de salario, que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, por un lado, deben valorarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017 y, por el otro, tienen que ser específicamente calculados para cada caso en concreto.**

105. (viii) *La acreditación del carácter subsidiario de la acción de tutela, en los términos de las sentencias SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017, a pesar de que se cuente con la posibilidad de agotar los recursos ordinarios y, eventualmente, el recurso extraordinario de revisión que regulan los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003[103], está supeditada, a que se trate de un supuesto de "abuso palmario del derecho". Este se configura, si se constata (i) un caso de "vinculación precaria" en "un cargo de mayor jerarquía y remuneración" y, (ii) que hubiese conllevado a un "incremento excesivo en la mesada pensional".*

Resumiendo la línea jurisprudencial citada, los elementos pensionales que se respetan y garantizan del régimen pensional anterior, en virtud del régimen de transición, son: **(i)** edad; **(ii)** tiempo de servicio y **(iii)** el monto en lo que concierne a la tasa de reemplazo. No obstante, se excluyen de la transición, el cálculo del IBL ya que no hace parte del monto pensional, y los factores salariales previstos en las normas pensionales anteriores que deben incluirse en el cálculo del IBL.

Como contraposición a esa postura, dado la evidente disyuntiva entre las Alta Cortes, como respuesta a la sentencia SU 230 de 2015, el H. Consejo de Estado inicialmente fijó su posición a través de sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda de dicha Corporación, en la que reiteró su criterio respecto de que el monto de las pensiones sometidas al régimen de transición comprende la base de liquidación pensional y la tasa de remplazo. Sobre el particular consideró:

"Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

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

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

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

La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería

aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

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

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.¹⁵

Siendo así, frente a un mismo supuesto de hecho, esto es, si el ingreso base de liquidación – IBL, hacía o no parte de las prerrogativas que arrastra el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, coexistían dos precedentes de unificación, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, con sólidos argumentos pero diametralmente disímiles.

Ante dicha situación, este Tribunal en ejercicio de su independencia y autonomía, manifestaba en sus providencias que resolvían estos mismos asuntos, los argumentos con que se justificaba la no adopción del precedente constitucional ya referido (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, entre otras), inclinándose en aplicar en estos casos, la posición del H.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. No. 25000234200020130154101 (4683-2013), M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado, en el sentido que el "monto" incluye el Ingreso Base de Liquidación de la pensión, el que se encuentra regido por las normas anteriores, *verbi gracia* las Leyes 33 y 62 de 1985, sumado a que los factores salariales a tener en cuenta en el cálculo del IBL corresponden a todos los devengados en el período en que el régimen pensional respectivo exigía, que para el caso de la Ley 33 de 1985 era el último año de servicios, haciendo la salvedad que aquellos emolumentos que no fueron objeto de aportes, al momento de su inclusión en la reliquidación, eran susceptibles de deducciones con destino al sistema pensional.

Sin embargo, el H. Consejo de Estado en reciente decisión, reconsideró su posición a través de Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹⁶, en la que fijó la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición, así:

"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:*

¹⁶ 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 Liquidación. C.P. César Palomino Cortés.

- 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 hiciera 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 cobija 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 1989¹⁷. **Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

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 1º 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".

¹⁷ 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 [...]"

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".

Así las cosas, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado se acompasa a la de la Corte Constitucional, en el sentido que el cálculo del IBL y los factores salariales a introducir en el mismo, para efectos de cuantificar el derecho pensional, no hacen parte del régimen de transición en cuanto a las ventajas o beneficios que traen consigo los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, dado el carácter vinculante y obligatorio del citado precedente del Consejo de Estado, el cual se acompasa con el de la Corte Constitucional, esta Sala de Decisión dará aplicación a la regla jurídica junto con cada una de sus subreglas, en todos los asuntos de reliquidación pensional cuya controversia gravite en torno al cálculo del IBL de las pensiones de los beneficiarios régimen de transición de la Ley 100 de 1993, e inclusión de los factores salariales en dicha liquidación, pendientes de ser resueltos por esta Corporación, salvo en los que casos en que haya operado la cosa juzgada¹⁸.

III. Solución del asunto.

En el libelo demandatorio¹⁹, la demandante circunscribe su inconformidad y con ello, el marco de análisis del contencioso

¹⁸ "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." Ver nota al pie N° 16.

¹⁹ Ver folio PRETENSIONES "Tercero. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordenase al ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) que reconozca y pague a la señora DALIS MARIA 6ELIZ CALVO lo siguiente: a) A re liquidar la Pensión de Jubilación de la señora DALIS MARIA GELIZ CALVO, desde el 1° de Marzo de 2014 hasta la fecha en que se dictare sentencia, incrementándole el valor de la mesada pensional inicial a la suma de \$ 1.926.808,25, o en el valor que se establezca en el proceso, como consecuencia de la aplicación de la Ley 33 de 1.985 y de los nuevos factores salariales, como PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADO percibidos por mi cliente durante su último año de servicios, además de la ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL, como se explica en los hechos de este libelo, con los correspondientes aumentos legales, incluidas las mesadas adicionales de cada año. b) A pagar el retroactivo pensional que se genere de dicha liquidación, a partir del 1 de Marzo de 2014 hasta cuando se efectúe la inclusión en nómina de pensionados del nuevo valor de la mesada de la actora, incluyendo las mesadas adicionales de Junio y Diciembre de cada año, con los incrementos anuales de Ley c) Se indexe el valor de las mesadas, primas y demás emolumentos adeudados hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del retroactivo que resulte de la re liquidación efectuada. d) Que se condene a la entidad demandada al pago de costas del proceso y agencias en derecho. e) La liquidación de las anteriores condenas

administrativo, a que Colpensiones al momento de liquidar el derecho pensional de vejez, omitió calcular el monto pensional con base en todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y en el Decreto 1045 de 1978.

.-De acuerdo con lo probado en el expediente, Colpensiones inicialmente reconoció la pensión de vejez a la actora a través de la Resolución No. GNR 1040 del 3 de enero de 2014²⁰, aplicando para efectos del cálculo del IBL, lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomando como base de cotización los factores salariales descritos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, y aplicando en su criterio por favorabilidad, una tasa de remplazo del 76.22%, conforme Ley 797 de 2003.

.-Contra la anterior decisión se interpuso por la interesada recurso de apelación, el cual fue resuelto por Colpensiones mediante Resolución No. VPB 13875 del 20 de agosto de 2014, a través de la cual se modifica lo dispuesto en la Resolución GNR 1040 del 3 de enero de 2014, donde se destacan los siguientes aspectos relevantes:

- *Para la fecha de expedición del acto administrativo de reconocimiento pensional (20 de agosto de 2014) la demandante había laborado al servicio del Estado a través de la Contraloría General de la República, un total 11.617 días, equivalentes a 1.659 semanas.*

deberá efectuarse mediante sumas liquidadas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el Índice de precios al consumidor, o al por mayor".

²⁰ Fls. 22-24.

- *Se vinculó a la Contraloría General de la República el 1º de junio de 1981 y el último cargo ocupado en la Contraloría General de la República fue de Auxiliar Administrativo 03.*
- *Que la demandante nació el 12 de febrero de 1957 y al momento de adquisición del estatus de pensionada, contaba con 57 años de edad.*
- ***Que la liquidación se efectúa con el 75%, aplicando por favorabilidad la Ley 33 de 1985, y tomado como base lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.***
- ***Que los factores salariales incluidos en el IBL, fueron los descritos en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.***
- ***Que las disposiciones aplicables al caso son: Ley 33 de 1985, Ley 100 de 1993 y Decreto 1158 de 1994.***

.-En ese orden, la señora Delis María Gelvis Calvo, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993²¹, contaba con 37 años de edad, en tal sentido, Colpensiones reconoció que la demandante era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 *ibídem*, y con ello, por favorabilidad aplicó la Ley 33 de 1985, pero en cuanto al IBL para obtener la cuantía de la pensión de vejez, siguió lo dispuesto en la mentada Ley 100 y sus reglamentarios.

.-En orden de lo precedente, en virtud de la regla jurídica trazada por el precedente de unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado y por la misma H. Corte Constitucional, aplicable al *sub examine*, se advierte que el derecho pensional de vejez reconocido a la señora Dalis

²¹ 1º de abril de 1994 de conformidad con el artículo 151 *ibídem*.

María Gelviz Calvo por la entidad demandada, está ajustada a derecho, en la medida que el cálculo del IBL que pretende, no debe someterse a los parámetros previsto en la Ley 33 de 1983, como régimen anterior, sino conforme al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para el caso, teniendo en cuenta lo devengado en los últimos diez años- *como base temporal o periodo*-, tal como se hizo en los actos administrativos del reconocimiento pensional²², pues tal arista para determinar el *quantum* de la pensión, está excluida del régimen de transición que contempló la Ley 100.

.-Ahora, en relación con los factores salariales, la subregla unificada del Consejo de Estado dice que debe incluirse aquellos que fueron objeto de aportes a pensión y que se encuentren señalados para el efecto en la ley, norma determinadora de factores que para los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se aclara ya no lo es, la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, sino la del Decreto 1158 de 1994, el cual modificó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, que reza:

"ARTICULO 1o. *El artículo 6o 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

²² Fls. 22 reverso, y 27 del C.Ppal.

realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados.”

.-Para resolver la controversia observa la Sala, que la demandante para el 1º de septiembre del año 2014, cuando adquirió el estatus de pensionada, percibió los siguientes emolumentos²³:

- *Asignación básica.*
- *Prima de vacaciones*
- *Prima de navidad*
- *Bonificación por servicios prestados*

.-Así mismo que en la actuación administrativa acusada se hace referencia a que para la liquidación de la pensión de la señora Gelviz Calvo, sólo se incluyen los factores que trae enlistados el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994²⁴; por tanto, se entiende que de los percibidos, sólo se le tuvieron en cuenta para el efecto, los de asignación básica y bonificación por servicios prestados, por ser éstos, los que aparecen en el mentado decreto, y sin que ello siquiera, se discuta por la demandante, quien no se duele de que se le haya dejado de incluir un factor sobre el cual efectuó aportes o cotizaciones, sino simplemente en general, que no se le tuvieron en cuenta todos los factores que devengó, sin limitarlos a los del Decreto.

.-En ese sentido, en virtud de la regla jurídica trazada por el precedente de unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado y por la misma H. Corte Constitucional, aplicable al *sub examine*, se advierte que el derecho pensional de vejez reconocido a la señora Dalis María Gelviz

²³ *Certificado salarial y de tiempos de servicio obrante a folio 29.*

²⁴ 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.*

Calvo por la entidad demandada, está ajustada a derecho, en la medida que el cálculo del IBL como beneficiaria del régimen de transición, no debe someterse a los parámetros previstos en los artículo 1º y 3º de la Ley 33 de 1985 y lo descrito en artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, como lo pretende la demandante, sino conforme al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se hizo en los actos administrativos del reconocimiento pensional, pues tal arista para determinar el *quantum* de la pensión, está excluida del régimen de transición.

.-En virtud de esto, no es procedente la reliquidación de la pensión en los términos plateados por la demandante, pues para efectuar la liquidación de las prestaciones que se encuentran en transición, ha de tenerse como base la edad, el tiempo y el monto, no obstante, para efectos de calcular el IBL, ahora bajo el entendido de ser un elemento no comprendido en el concepto de monto, debe de acogerse lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo ésta regla, la que opera el estado actual de la jurisprudencia, tanto constitucional como de lo contencioso administrativo.

.-Así las cosas, en respuesta al planteamiento jurídico, la Sala acorde con el precedente fijado en la sentencia de unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, concluye que la señora Dalis María Geliz Calvo, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, en la forma y aspectos que relaciona en su demanda, en la medida que la liquidación de éste derecho se ajusta a las previsiones del ordenamiento jurídico, señalados en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual no hace parte de las ventajas que otorga el régimen de transición frente al régimen pensional aplicable a la demandante.

Por consiguiente, la Sala Tercera de Decisión de este Tribunal, negará las pretensiones de la demanda.

IV. La condena en costas.

La Ley 1437 de 2011, norma en su artículo 188²⁵, que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, remitiendo para su liquidación y ejecución a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil - hoy Código General del Proceso²⁶, lo que implicó un cambio sustancial respecto de lo establecido en el Código Contencioso Administrativo anterior, que solo permitía tal condena, con un criterio manifiestamente subjetivo, de modo que exigía como condicionante, la incursión en mala fe o temeridad en la actuación de la parte vencida. Pasando entonces a un criterio objetivo, que ya no requiere el reproche conductual referido, y que implica por regla general su imposición a la parte vencida, pero no por ello, infalible o automático, pues amén de objetivo, es valorativo²⁷, y por tanto, pueden observarse situaciones que ameriten incluso, abstenerse de condenar en costas a la vencida.

Precisamente para la Sala, al hacer la valoración objetiva de la situación en *sub examine*, considera debe abstenerse de condenar en costas a la parte vencida, pues tal derrota se encuentra, ante un cambio

²⁵ **ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

²⁶ Cuyo **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe. (...)

²⁷ *Al respecto pueden verse providencias del Consejo de Estado como las de la Sección Segunda, Subsección A del 18 de julio de 2018. Consejero Ponente. William Hernandez Gómez, radicado 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14), en la que se decanta sobre el punto al decir " a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -C.C.A- a un " objetivo valorativo" C.P..A.C.A" (...)*

de un precedente jurisprudencial²⁸ que venía unificado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo desde años atrás, y que se ha presentado incluso luego de haberse radicado la demanda a la que hoy en concreto se le da solución judicial.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE ACTUANDO EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo. En consecuencia, NEGAR las pretensiones formuladas por la señora Dalis María Geliz Calvo, conforme las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, conforme lo previamente motivado.

TERCERO: En firme ésta providencia, **DEVOLVER** el proceso al juzgado de origen, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Esta providencia se discutió y aprobó en sesión de la fecha, conforme consta en Acta 144.

²⁸ El que le era favorable a sus intereses.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado