



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho

(2018)

**ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.
M DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.
EXPEDIENTE No. 70-001-23-33-000-2016-00239-00.
DEMANDANTE: ALCIRA DEL CARMEN PERALTA DE
SÁNCHEZ.
DEMANDADO: COLPENSIONES**

ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Sucre, a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, inició la señora ALCIRA DEL CARMEN PERALTA DE SÁNCHEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES en adelante.

1. ANTECEDENTES

a. La demanda.¹

La demandante **pretende** la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 417869 de 28 de diciembre de 2015, expedida por COLPENSIONES, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la reliquidación

¹ Folios 1 a 10.

de la pensión de vejez, que consistía en la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Así como la nulidad de la Resolución VPB 12191 de 11 de marzo de 2016, por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de apelación contra el acto administrativo que negó la reliquidación pensional.

A título de restablecimiento del derecho, pide el reconocimiento y pago de la reliquidación de pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la señora ALCIRA DEL CARMEN PERALTA DE SÁNCHEZ en el último año de servicio. Asimismo, que se condene a la entidad demandada a que reconozca y ordene el pago de las diferencias que surja de la reliquidación debidamente indexadas, y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011.

Como **hechos relevantes** se destacan:

La señora ALCIRA DEL CARMEN PERALTA DE SÁNCHEZ, prestó sus servicios en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, desde el 2 de junio de 1975 hasta el día 30 de noviembre de 2006.

A la señora ALCIRA DEL CARMEN PERALTA DE SÁNCHEZ, por reunir los requisitos de ley, le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución No. 008782 de 28 de abril de 2009, efectiva a partir del 1º de diciembre de 2006. Sin embargo, en la liquidación de este derecho, no se incluyeron todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

En razón a lo anterior, la señora ALCIRA DEL CARMEN PERALTA DE SÁNCHEZ, elevó derecho petición ante la entidad COLPENSIONES con el objeto de obtener la reliquidación de su pensión de vejez, sobre la base de que se incluyeran en la nueva liquidación, todos los factores salariales

devengados en el último año de servicio. Dicha solicitud, fue resuelta de manera desfavorable por COLPENSIONES mediante Resolución GNR 417869 de 28 de diciembre de 2015, siendo apelada por la actora, recurso que también fue desatado de manera negativa, a través de la Resolución No. VPB 12191 de marzo 11 de 2016.

Por tanto, sostiene que la administración al momento de liquidar la pensión de vejez de la señora ALCIRA DEL CARMEN PERALTA DE SÁNCHEZ, debió tener en cuenta todos los factores salariales que devengaba en el último año de servicio, esto es, en el período de 2005 al 2006, los cuales son: asignación básica, subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, viáticos, prima de servicios del mes de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones y vacaciones.

Como **normas violadas**, se invocaron los artículos 1, 2, 6, 13, 23, 25, 29, 53 y 58 de la C. P., los artículos 138, 155, 156, 161 y 162 del CPACA, la Ley 114 de 1913; las Leyes 33 y 62 de 1985, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entre otras disposiciones legales.

En el **concepto de violación**, la parte actora en resumen explicó que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de suerte que en su caso pensional se le debe aplicar el régimen vigente a la fecha de vinculación, lo que implica que su liquidación además de tener el monto de aquel sistema, también deben incluirse todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Como apoyo a esa premisa, trae a colación sendas sentencias del H. Consejo de Estado en materia de pensiones de quienes está en régimen de transición, para advertir que la liquidación de este derecho, comprende todas las previsiones señaladas en las normas anteriores que la cobija.

b. Actuación procesal.

La demanda fue presentada el día 21 de julio de 2016, cuyo conocimiento del caso, por reparto, correspondió al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo², quien mediante auto de 4 de agosto de la misma anualidad, remitió el expediente a esta Corporación por carecer de competencia³. Siendo así, previo reparto, el Magistrado Sustanciador, avocó conocimiento y determinó admitir la demanda mediante auto del 3 de octubre de 2016⁴.

La parte demandante certificó el pago de los gastos procesales⁵, por lo que se procedió a la notificación personal de la admisión de la demanda tanto a la entidad demandada como los intervinientes Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, lo cual se dio el día 21 de octubre de 2016⁶

La entidad demandada contestó la demanda el 1 de diciembre de 2016.⁷

Mediante auto de 19 de octubre de 2017, se convocó a las partes para llevar a cabo audiencia inicial⁸, la cual se surtió el 15 de noviembre de 2017⁹. La audiencia de pruebas se efectuó el 13 de diciembre de 2017, la cual una vez practicada la prueba documental decretada, se declaró precluida la etapa probatoria, y se procedió al traslado a las partes para que por escrito presentaran sus alegatos de conclusión, al igual al Ministerio Público para presentar concepto de fondo¹⁰.

c. Contestación de la demanda.

² Folio 37.

³ Folios 39 y 40.

⁴ Folio 46.

⁵ Folios 49 y 50.

⁶ Folios 51 a 53.

⁷ Folios 57 a 62.

⁸ Folio 82.

⁹ Folios 91 a 94.

¹⁰ Folio 108.

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la pensión de vejez fue concedida bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, aplicándosele un IBL del 90% en virtud del principio de favorabilidad, lo que le resulta más favorable que la tasa de reemplazo estipulada en la Ley 33 de 1985 que corresponde a un 75%.

Propuso las siguientes excepciones de mérito:

- **Inexistencia de las obligaciones reclamadas e Improcedencia para reliquidar la pensión de jubilación.** Sostiene que en virtud del principio de favorabilidad, no es procedente la reliquidación conforme a la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que el régimen con el cual tiene reconocida la prestación de la demandante – Decreto 758 de 1990 -, es más beneficioso para sus intereses.
- **Prescripción.** En el caso que fueren prósperas las pretensiones de la demanda, solicita que se declare la prescripción de las mesadas pensionales, incrementos e intereses.

d. Alegatos de conclusión.

En esta oportunidad procesal, sólo COLPENSIONES presentó sus alegaciones finales, reafirmando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en el sentido que el régimen pensional aplicable en su caso – Decreto 759 de 1990- el que es mucho más beneficioso que el pretende la demandante – Ley 33 de 1985, pues éste último prevé una tasa de reemplazo del 75%, cuando a ello se aplicó un porcentaje del 90% sobre el IBL en razón a que tenía más 1600 semanas de cotización. Adicionó además, que la determinación del IBL está excluida de los beneficios del régimen de transición, dado que tiene regulación expresa en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ende, el

cálculo de aquella se hace sobre esos parámetros y no basados en los lineamientos establecidos en el régimen pensional anterior.¹¹

e. Concepto del Ministerio Público¹².

El Delegado del Ministerio Público ante esta Corporación conceptuó de fondo dentro del proceso de la referencia, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda, argumentando que conforme las pautas jurisprudenciales del Consejo de Estado, la COLPENSIONES debe tener en cuenta todos los factores salariales y demás emolumentos percibidos por la demandante al momento de reconocerle y liquidarle la pensión de vejez, con la salvedad que si estos factores no fueron objeto de aportes, debe hacerse los descuentos pertinentes frente a cada uno de ellos.

2. CONSIDERACIONES

a. Competencia.

Este Tribunal es competente para decidir de fondo la controversia de la referencia, en virtud de los artículos 125 y 152 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011.

De igual manera, se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

b. Problema jurídico.

Con fundamento en los planteamientos de las partes, y la fijación del litigio establecida en audiencia inicial, celebrada el 15 de noviembre de 2017, debe entrar el Tribunal a dilucidar, si la señora ALCIRA DEL CARMEN PERALTA DE SÁNCHEZ, tiene derecho a la reliquidación de su

¹¹ Folios 109 a 110.

¹² Folios 140 a 144.

pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, y cuál es el régimen más beneficioso para reliquidar su pensión.

a. 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 normativa¹³.

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

¹³ **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, 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.

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

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

En ese sentido, la garantía que habla la mencionada se circunscribe en el régimen de transición que gozan aquellos que se encuentran gobernados por un régimen pensional más favorable vigente antes de la Ley 100 de 1993, 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 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."¹⁴

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 1993¹⁵, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o

¹⁴ Sentencia T – 128 de 2015.

¹⁵ 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

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.

Así mismo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permitió que normas pensionales anteriores a su vigencia, conservaran sus efectos en el tiempo (efectos ultractivos), como suceden en el caso de la Ley 33 de 1985 aplicable a los empleados del sector público¹⁶, en donde se exige para acceder a la pensión de vejez, tener 55 años de edad y 20 años de servicios, cuyo monto de la mesada equivalente al 75% del ingreso base de liquidación.

Siendo así, el eventual beneficiario del régimen de transición – al acreditar alguno de los supuestos de hecho atrás mencionados -, que tenga la condición de empleado público al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, conserva las prerrogativas que estipulan el régimen pensional anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del ingreso base de liquidación.

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

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

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.

¹⁶ 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.

ibídem, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y el monto a pagar, no es menos cierto 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, la controversia ha gravitado, en si la determinación del 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, alcanza ser cobijados por los beneficios de la transición, o si por el contrario se excluyen de la misma dado que tales parámetros están expresamente consignados en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera, la misma comprende lo referente, a que 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.

Pues bien, tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Constitucional respecto a este punto, han existido posiciones disímiles, las cuales se

traen a colación para efectos de ilustrar los antecedentes jurisprudenciales en esta materia.

El H. Consejo de Estado¹⁷, refiriéndose al ingreso base de liquidación, ha manifestado que éste sí hace parte del monto de la pensión de vejez, 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 como en su base salarial, con fundamento en la norma que por vía de transición se aplique, bien sea la Ley 33 de 1985, el Decreto 546 1971, el Decreto 919 de 1976, estableciendo los dos primeros que corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios¹⁸, y el tercero el 75% del promedio de lo devengado en los últimos seis (6) meses de servicio.

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, 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.

¹⁷ 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)

¹⁸ 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.

- 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 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.

Y la última posición hacía referencia a que solo podrían incluirse aquellos sobres los cuales se hubieren realizado los aportes a pensión.

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, aquella 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 pensional¹⁹.

¹⁹ 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.

En virtud de esa unificación, lo decantado con ella fue de aplicación reiterada, al punto que fue acogida por decisiones posteriores²⁰.

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.

Así, 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 inmiscuida dentro de las prerrogativas del régimen de transición, como quiera tiene regulación expresa en el inciso 3º del artículo 36 la Ley 100 de 1993.²¹

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

²⁰ 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.

²¹ 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...*"

*"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 a 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 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 sus 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 predicen 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.²²

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. 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

²² 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.

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 Administrativo²³, 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:*

- 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.

²³ 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 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 1989²⁴. **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 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

²⁴ 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 [...]"

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 tomaren 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 con cada una de las subreglas que la comprenden, en todos los asuntos de reliquidación pensional cuya controversia gravite en torno al cálculo del IBL de aquellas personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, salvo en los que casos en que haya cosa juzgada²⁵.

c. Solución del caso.

La parte demandante se duele que COLPENSIONES, al momento de liquidar el derecho pensional de vejez, omitió calcular el monto pensional con base en todos los factores salariales devengados en los últimos doce (12) meses de servicios conforme al artículo 1º de la Ley 33 de 1985, aplicable a ella por ser empleada oficial de la Rama Ejecutiva, y por cumplir con todos los requisitos para acceder a los beneficios del régimen de transición.

Acepta que en el acto de reconocimiento pensional y en los actos que negaron el derecho a la reliquidación pretendida, la entidad accionada dio aplicación al régimen de transición, pero aplicó la normativa pensional que no favorece a los intereses de la pensionada, siendo la Ley 33 de 1985 la que más le beneficia.

Siendo así, para la actora, la entidad demandada no dio aplicación integral al régimen pensional que rige su situación en virtud del régimen de transición, pues desconoció la norma más favorable que indica que el derecho pensional se liquida conforme el 75% promedio de lo devengado en el último año de servicio.

²⁵ "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.

De acuerdo con lo probado en el expediente, COLPENSIONES reconoció una pensión vitalicia de vejez a la señora ALCIRA DEL CARMEN PERALTA DE SÁNCHEZ, mediante Resolución No. 008782 de 2009, efectiva a partir del 1 de diciembre de 2006, en cuantía inicial de \$1.947.677, reconocida bajo las previsiones del Decreto 758 de 1990.²⁶

La demandante solicitó a COLPENSIONES, el día 8 de septiembre de 2015, la reliquidación de su derecho pensional con base en la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, de conformidad con la Ley 33 de 1985, la cual le es aplicable en virtud del régimen de transición al que tiene derecho.²⁷

En respuesta a tal petición, COLPENSIONES expidió la Resolución GNR 417869 de 28 de diciembre de 2015, por medio de la cual se resolvió de forma negativa la reliquidación pensional pretendida²⁸.

Contra este acto administrativo, la pensionada aquí demandante, interpuso recurso de apelación, siendo desatado desfavorablemente a través de la Resolución VPB 12191 de 11 marzo de 2016. De dicha decisión, se destacan los siguientes aspectos relevantes:

- La demandante acreditó un total de 11.414 días laborados, correspondientes a 1.630 semanas.
- Nació el 6 de enero de 1951.
- Que a la demandante se le empleó las previsiones pensionales contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición que le asiste, en lo que concierne a la edad (55 años), tiempo de cotización y tasa de reemplazo, que en su caso por tener

²⁶ Ver Resolución VPB 12191 de 11 de marzo de 2016, expedida por COLPENSIONES en la cual resolvió un recurso de apelación. Folios 24 a 27.

²⁷ Folios 28 a 34.

²⁸ Folios 15 a 19.

más de 1.600 semanas, la tasa fijada fue del 90% de la base salarial.

- La base salarial de liquidación y/o ingreso base de liquidación, se efectuó con base en los parámetros del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- Que COLPENSIONES efectuó la liquidación con base en los parámetros de la Ley 33 de 1985 y el Acuerdo 049 de 1990, a efectos de esclarecer, cuál era el más favorable a los intereses de la demandante. Frente a este tópico, se resalta:

"que una vez liquidada la prestación, le es aplicable el Decreto 758 de 1990, con una mesada de \$2.764.732 para el 2016.

Que respecto a la solicitud elevada por la señora PERALTA DE SÁNCHEZ ALCIRA DEL CARMEN, en la que requiere que su prestación sea liquidada con aplicando (sic) ley 33 de 1985, con el 75% de todos los conceptos devengados en el último año de servicio es preciso señalar lo siguiente:

(...)

De igual manera, la prestación fue estudiada con Ley 33 de 1985, el cual da una mesada por valor de \$2.442.418 pesos.

De conformidad con el principio de favorabilidad no es posible acceder a la reliquidación aplicando ley 33 de 1985, toda vez que en la actualidad la señora PERALTA DE SÁNCHEZ ALICIA DEL CARMEN, goza de una prestación de vejez, percibiendo una mesada por valor de \$2.912.536 (...), siendo este mayor valor, al estudiado en la presente reliquidación.

(...)"

La señora ALCIRA PERALTA DE SÁNCHEZ, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993²⁹, contaba con 43 años de edad y 19 años de servicios, de manera que, de acuerdo a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, cumplía las semanas necesarias para acceder a la pensión, empero, le faltaban más 12 años, a la vigencia de la norma mencionada, para tener la edad requerida (55 años) para acceder al derecho pensional.

Con base en lo descrito, observa la Sala de Decisión que la entidad demandada, reconoció que la demandante era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y con ello las ventajas que le traía el régimen pensional de los empleados del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, cuyos empleados estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales – ISS, que para el caso era el Acuerdo 049 de 1990.

Frente a este asunto, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha dicho que los empleados del SENA gozan de las mismas prestaciones que les asisten a la generalidad de empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional. Así lo ha dicho, en los siguientes términos³⁰:

"Los empleados del SENA gozan de las mismas prestaciones sociales que en forma "general" establece la ley para los miembros de la rama ejecutiva. En consecuencia, desde el punto de vista de la pensión de jubilación, les son aplicables las leyes 6 de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia."

Y seguidamente, el mismo fallo afirma:

"Antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75). La regla general descrita anteriormente, tiene

²⁹ 1º de abril de 1994 de conformidad con el artículo 151 *ibídem*.

³⁰ Sentencia del 6 de octubre de 2011, radicación No. 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C. P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social. Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas. En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985. (...)”

En el caso particular, primeramente debe advertirse que de acuerdo con el reciente fallo de unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado, el cálculo o determinación del IBL, que corresponde al período de liquidación y factores salariales a incluir los cuales son aquellos sobre los cuales se hicieron aportes o cotización al régimen anterior aplicable por transición, está por fuera de las prerrogativas del régimen de transición previsto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de las cuales únicamente abarca los siguientes elementos: edad, tiempo de servicio y monto referido éste al porcentaje o tasa de reemplazo.

Siendo así, en el caso de marras, no es procedente la reliquidación del pensión de vejez de la demandante, por cuanto el período de liquidación que pretende (último año de servicio), previsto en la Ley 33 de 1985, no es cobijado por las ventajas que trae el régimen de transición, tal como se advirtió.

Y si bien es cierto que ella puede ser beneficiaria del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad (55 años) y tiempo de servicio (20 años o 1000 semanas) y tasa de reemplazo (75%), no es menos cierto que el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto

759 de 1990, para el *sub examine*, prevé la misma edad que requiere la actora a la señalada en la norma atrás citada (55 años para las mujeres); empero frente al tiempo de servicio, ese acuerdo es mucho más flexible que la misma Ley 33 por cuanto solo exige 500 semanas en adelante durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, sumándose a que la tasa de reemplazo o monto depende del número de semanas cotizadas, el cual tope máximo corresponde al 90%.

Si se observa el caso particular, se advierte que a todas luces, el Acuerdo 049 de 1990, es más beneficioso o favorable a la demandante, por cuanto se le aplica una tasa de reemplazo del 90%, cuando con la Ley 33 de 1985 es del 75%, siendo que en uno y otro de esos regímenes, debe aplicarse la misma premisa legal de liquidación pensional, esto es, las previsiones de la Ley 100 de 1993 en materia del cálculo o determinación del IBL.

Luego entonces, pese a que la demandante se le podría aplicarr dos regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, el que resulta más ventajoso para la actora es el condensado en el Acuerdo 049 de 1990, tal como lo concluyó COLPENSIONES en la Resolución VPB 12191 de 11 marzo de 2016, objeto de demanda en esta oportunidad, por cuanto tiene una tasa de reemplazo mucho más alta a la que pretende en esta demanda, con la precisión que los factores a tener en cuenta son aquellos que fueron objeto de aportes, señalados para el caso, en el Decreto 1158 de 1994, los cuales son:

- 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;

Así las cosas, en respuesta al planteamiento jurídico, la Sala aplica la sentencia de unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en concordancia con el precedente de la Corte Constitucional, y concluye que la señora ALICIA DEL CARMEN PERALTA DE SÁNCHEZ, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez, en la medida que la liquidación de este derecho le resulta más favorable a las previsiones de la Ley 33 de 1985

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

f. Costas.

La Ley 1437 de 2011, norma en su artículo 188³¹, 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 Proceso*³², 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

³¹ **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.*

³² 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. (...)"

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 valorativo³³, 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 de un precedente jurisprudencial³⁴ 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.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones formuladas por la señora ALCIRA DEL CARMEN PERALTA DE SÁNCHEZ, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, conforme las consideraciones expuestas.

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

³³ 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" (...)

³⁴ El que le era favorable a sus intereses.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

CUARTO: DEVUÉLVASE el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 170

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA

Magistrado