



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.
EXPEDIENTE No.	70-001-33-33-004-2015-00284-01.
DEMANDANTE:	ANTONIO JOSÉ JUNIELES ARRIETA.
DEMANDADO:	COLPENSIONES.

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 4 de octubre de 2017, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda.¹

El demandante **pretende**, mediante el presente medio de control, la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 0009397 del 11 de agosto de 2011 expedida por el extinto Instituto de Seguro Social, hoy COLPENSIONES, mediante

¹ Folio 1 a 35 cuaderno principal

la cual negó el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

- Acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo de COLPENSIONES al no resolver la petición elevada el día 2 de agosto de 2012, en la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, que se condene a COLPENSIONES a que se reliquide el derecho pensional del señor ANTONIO JOSÉ JUNIELES ARRIETA, con el último salario y factores salariales más altos devengados en el último año de servicio, que corresponden a: prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, los cuales no fueron incluidos por la demandada al momento de realizar la liquidación de la pensión en comento.

Solicita que la indexación monetaria del reajuste de la pensión se haga mes a mes a partir del 14 de diciembre de 2012, hasta que se haga efectivo el pago; así como se ordene el pago de los intereses moratorios a que haya lugar de acuerdo con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Por último que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el CPACA, y se condene en costas al ente demandado.

Como **fundamentos fácticos**, se afirmó en la demanda que:

El señor ANTONIO JOSÉ JUNIELES ARRIETA, laboró en la Universidad de Sucre como docente de tiempo completo, adscrito a la Facultad de Ciencias Agropecuarias, desde el 1º de octubre de 1983 hasta el 31 de julio de 2010, de manera permanente e ininterrumpida.

Durante el tiempo en que laboró en la Universidad de Sucre, realizó sus aportes a pensión en CAJANAL y a partir del 1º de abril de 1994 en el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES. El total de semanas cotizadas, corresponden a 1550.

A través de la Resolución No. 000555 del 28 de enero de 2009, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció al señor ANTONIO JOSÉ JUNIELES ARRIETA, una pensión de jubilación, teniendo en cuenta 1355 semanas cotizadas, con un ingreso base de liquidación de \$3.773.346, el cual se le aplicó un porcentaje de liquidación del 75%.

Seguidamente, mediante Resolución No. 000011067 de 15 de julio de 2010, la entidad ordenó el ingreso de nómina de pensionados por jubilación, al señor ANTONIO JOSÉ JUNIELES ARRIETA, devengando una mesada mensual de \$2.830.019.

Para efectos de calcular el ingreso base de liquidación, la demandada solamente tuvo en cuenta la asignación básica mensual y los gastos de representación, devengados durante los diez últimos años de servicio. De esta manera, en la tasación de aquel componente pensional, omitió incluir los siguientes factores: bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

El 23 de noviembre de 2010, solicitó el señor ANTONIO JOSÉ JUNIELES ARRIETA ante la entidad accionada, la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicio, tales como: bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

El ISS expidió Resolución No. 0009397 de fecha 11 de agosto de 2011, la cual negó el reajuste solicitado por el señor ANTONIO JOSÉ JUNIELES ARRIETA.

Posteriormente, el día 2 de agosto de 2012, el señor ANTONIO JOSÉ JUNIELES ARRIETA solicitó por escrito al ente encartado, el reajuste de la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales atrás mencionados, solicitud que a la fecha de presentación de la demanda no ha sido resuelta, configurándose el silencio administrativo negativo que da lugar a la existencia de un acto ficto o presunto, que se demanda en esta oportunidad.

Como **normas violadas**, la parte actora en su demanda, señaló como infringidos artículos 25 y 53 de la Constitución Política, el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y los artículos 36 y 141 de la Ley 100 de 1993.

En el **concepto de la violación**, explicó que en virtud del alcance dado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en cuanto a la interpretación que debe darse al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, se tiene los factores salariales allí anunciados no son taxativos, sino netamente enunciativos, de suerte que en la liquidación de la base pensional de quienes se pensionen conforme al régimen de esta norma, deberá incluirse todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

En ese contexto, advirtió que COLPENSIONES conculcó el mencionado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, al momento de negarse la reliquidación prestacional pretendida, como quiera que en virtud del reseñado precedente, debía incluir todos los factores salariales, entre los que se destacan bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, vacaciones, prima de navidad y prima de servicios. Por consiguiente, al

desconocerse el alcance de esa norma, estima que los actos acusados adolecen de vicios que conllevan a su nulidad.

b. Contestación de la demanda².

La entidad accionada se opuso a todas las pretensiones de la demanda, afirmando que no es posible acceder a ello, ya que carecen de asidero jurídico para su procedencia, debido a que la pensión de vejez fue legal y debidamente reconocida, razón por la cual no hay lugar a declarar nulidad alguna.

Adujo que el monto de la pensión de jubilación, no se debe entender como el valor de la pensión, sino que el equivalente al porcentaje que se le debe aplicar al IBL, componente éste que se determina con base en las reglas del sistema general de pensiones (Ley 100/93), es decir, con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos diez años (art. 36), o el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión si éste fuera menor, y no, teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. Bajo estas consideraciones, anotó que no es procedente la reliquidación en los términos pretendidos por el actor, por lo que solicitó que se niegan las súplicas de la demanda.

Propuso como excepciones: **(i) Inexistencia de las obligaciones reclamadas**, como quiera que se aplicó en la liquidación pensional, las normas aplicables al caso, luego entonces, las mesadas pensionales están ajustadas a derecho. **(ii) improcedencia para reliquidar la pensión de jubilación**, manifiesta que no es procedente la pretensión encaminada a la reliquidación teniendo en cuenta el 75% de todo lo devengado durante el último año de servicios, respecto de la liquidación

² Folios 354 a 359 cuaderno de primera instancia.

de las pensiones que se encuentran en transición, puesto que la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, asevera que el cálculo del IBL pensional se encuentra exento del régimen de transición, ya que su determinación está expresamente señalado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que no es posible remitirse a lo estipulado en el régimen pensional anterior.

c. La sentencia apelada³.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia oral el día 4 de octubre de 2017, en la cual accedió a las súplicas de la demanda, aduciendo que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha determinado que el monto pensional hace parte del ingreso base de liquidación, contraria a la posición de la H. Corte Constitucional, y por tanto al ser la persona beneficiaria del régimen de transición, tiene derecho a que la liquidación de la mesada pensional, se efectúe conforme a la determinación de la base salarial prevista en la legislación anterior.

Además, la misma jurisprudencia del máxima Corporación Contenciosa Administrativa, ha establecido que a la hora de calcular el IBL con base en la norma pensional anterior a la Ley 100 de 1993, particularmente en lo que respecta a la Ley 33 de 1985, deben incluirse todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, y no limitarse a los taxativamente previstos en el artículo 3º de aquella preceptiva legal, dado que solamente enuncia aquellas puedan ser susceptibles de ser incorporadas en la base salarial.

3 Folios 396 a 401 cuaderno de primera instancia.

Con fundamento en aquello, el *A quo* determinó que el demandante, por ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sí tiene derecho a que aplique en su integridad el régimen pensional anterior, y con ello, la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, conforme las previsiones de la Ley 33 de 1985, los cuales son: asignación mensual, gastos de representación, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

d. El recurso de apelación⁴.

Dentro de la oportunidad legal correspondiente, la parte demandada presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria con base en los siguientes fundamentos:

Al demandante le fue reconocida la pensión de vejez conforme las normas legales aplicable al caso, esto es, con base en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición de Ley 100 de 1993, al aplicarse la edad, tiempo de servicio y monto que prevé aquella normatividad.

La anterior, se evidencia en la Resolución 000555 del 28 de enero de 2009, en la cual se le concede al demandante una pensión de jubilación en cuantía de \$2.830.010, con base en 1355 semanas y un IBL de \$3.773.346 al que se le aplicó un porcentaje de liquidación (monto) del 75%.

Así entonces, la pensión de vejez fue concedida bajo los parámetros legales y que respecto al IBL para las pensiones que están al amparo

⁴ Folios 403 a 404 cuaderno de primera instancia.

del régimen de transición, razón que dicho sea de paso encuentra sustento en la sentencia C- 258 de 2013, que fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100/93, en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición, sino el monto de la pensión que corresponde a la tasa de reemplazo aplicable.

En ese sentido, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda y se revoque la sentencia impugnada.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 30 de abril de 2018 (F. 4, c. 2). Con proveído del 24 de mayo 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F. 8, c. 2), término dentro del cual se pronunció la **parte demandante**⁵, ratificando cada uno de los argumentos expuestos en el escrito de demanda a efectos que la segunda instancia confirme la decisión tomada por el Juzgado de origen.

Por su parte, la entidad demandada guardó silencio.

El **Agente del Ministerio Público** no emitió concepto

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

a. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, la Sala deberá establecer, si para el cálculo y determinación de la base salarial de liquidación de la pensión de vejez del demandante, deben incluirse todos los factores salariales

⁵ Folios 12 a 15, c. 2.

devengados en el último año de servicios, como lo señala la Ley 33 de 1985.

b. 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.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 tuvo la previsión de respetar los derechos adquiridos de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia, inclusive, las expectativas legítimas de quienes hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, siendo el régimen anterior más beneficioso al establecido

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, 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.

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 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 que habla la mencionada preceptiva 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.”

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.

Asimismo, 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 público⁹, 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.

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.

c. 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.

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 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 Estado¹⁰, refiriéndose al ingreso base de liquidación, ha manifestado que este 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 monto como en su base salarial con fundamentos 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 servicios¹¹, y el tercero el 75% del promedio de lo devengado en los últimos seis (6) meses de servicio.

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.

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.
- 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, 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 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

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.

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 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 3º 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*

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..."

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 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 reemplazo. 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. 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

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.

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:

- 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

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.

*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 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

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

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

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

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el

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 [...]"

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".

En virtud de lo anterior, 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 con base en el régimen pensional anterior a 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.

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.

d. Solución del caso.

La parte demandante se duele que a pesar de ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, 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 el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con lo probado en el expediente, el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 000555 de 28 de enero de 2009¹⁹, reconoció una pensión vitalicia de jubilación, con fundamento en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y el monto entendido como la tasa de reemplazo, así que para efectos de tal reconocimiento, acogió éstos parámetros para advertir que a la edad de 55 años y con más de 24 años de servicio, tenía derecho a tal prestación aplicándosele una tasa de reemplazo del 75%. En tal sentido, en esa decisión se consideró

"(...)

Que de acuerdo con el precepto enunciado el afiliado es beneficiario del régimen de transición, en virtud del cual, el reconocimiento de la pensión de jubilación es viable teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicios y monto que en el régimen anterior a la vigencia del Sistema General de Pensiones le era aplicable, en este caso el establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, norma que exige para el derecho de la pensión, acreditar mínimo 20 años de servicios como funcionario público y 55 años de edad, reconociendo un 75% del IBL como monto de la pensión"

¹⁹ Folios 234 a 236, c. 1.

Posteriormente, la misma entidad expidió la Resolución No. 00011067 de 15 de julio de 2010²⁰, por la cual se ordena la inclusión en nómina de la pensión de jubilación del señor ANTONIO JUNIELES ARRIETA, teniéndose en cuenta un tiempo de servicio de 26 años, 2 meses y 11 días, que equivalen a 1355 semanas cotizadas. En cuanto al IBL, dicha actuación determinó:

"(...)

Que para determinar el Ingreso Base de Liquidación se tuvo en cuenta los señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (...)"

El Instituto de Seguros Sociales, en respuesta a un derecho de petición elevado por el pensionado, profirió la Resolución No. 0009397 del 11 de agosto de 2011²¹, donde se negó la reliquidación de la mesada pensional elevando el porcentaje de liquidación a un 85%, y la inclusión de nuevos factores salariales como la bonificación por servicios prestados, aseverando sobre éste último punto lo siguiente:

"(...)

Que frente a la inclusión de los factores salariales pretendidos por la asegurada es necesario informar que para la liquidación se tuvieron en cuenta los factores salariales reportados en la relación de novedades al Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual, motivo por el cual no es dable tener en cuenta factores salariales sobre los cuales no se reporta ni se efectuó cotización. (...)

Que para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del asegurado se tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (...). Así las cosas para efectos de

²⁰ Folios 239 a 240, c. 1.

²¹ Folios 274 a 275, c. 1.

liquidación de la prestación se tuvo en cuenta el (sic) entre el 9 de enero de 2000 hasta el 30 de abril de 2010, el cual arrojó como ingreso base de liquidación la suma de \$3.773.346 al cual se le aplicó el 75% y una mesada pensional para el 2010 de \$2.830.010.”

Para el día 2 de agosto de 2012, el señor ANTONIO JUNIELES ARRIETA radicó solicitud ante la administración pensional, de reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, teniendo en cuenta todos los factores salariales, incluyendo además de la asignación mensual, la prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones y bonificación por servicios prestados²²; petición esta que se duele la parte demandante que no ha sido contestada por la entidad accionada.

De lo probado hasta este momento, se destaca que la entidad demandada reconoce que el señor Junieles Arrieta es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y por tanto, le aplica la norma pensional anterior más favorable a sus intereses, que para el caso es la Ley 33 de 1985, en cuanto a los componentes de edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo. Sin embargo, para el cálculo de la base salarial o el ingreso base de liquidación, la entidad tomó los lineamientos de la Ley 100 de 1993, inicialmente los previstos en el inciso 3º del artículo 36 *ibídem*, y posteriormente, los señalados en el artículo 21 de la misma normativa.

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 al señor ANTONIO JUNIELES ARRIETA por la entidad demandada, está ajustada a derecho, en la medida que el cálculo del IBL que pretende, no debe someterse a

²² Folios 276 a 278, c. 1.

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, o en su defecto para el caso lo consignado en el artículo 21 *ibídem*, teniendo en cuenta lo devengado en los últimos diez años- *como base temporal o periodo-*, tal como se hizo en el acto administrativo de reconocimiento pensional e incluso la decisión que ordenó su inclusión en nómina, 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 realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados."

Para resolver la controversia observa la Sala, que el demandante para los años 2009 y 2010, fecha en que se retiró del servicio, percibió los siguientes emolumentos²³:

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

No obstante, según "Formato No. 3 (B) Certificado de Salario Mes a Mes" suscrita por la Universidad de Sucre²⁴, se advierte que para efectos de aportes a pensión, se realizaron las correspondientes deducciones por tal concepto, sobre los siguientes factores salariales devengados por el actor: asignación básica mensual, gastos de representación y "otros factores salariales pagados en el mes (Dto. 1158)" entre los que se encuentra la bonificación por servicios prestados²⁵.

Visto esto, se tiene que en la actuación administrativa acusada se hace referencia a que para la liquidación de la pensión del señor Junieles Arrieta, sólo se incluyen los factores que trae enlistados el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994; por tanto, se entiende que de los percibidos, sólo se le tuvieron en cuenta para el efecto, los de asignación básica, gastos de representación y bonificación por servicios prestados, tal como lo enseña el certificado No. 3 (b), por ser éstos, los que aparecen en el

²³ Certificado salarial y de tiempos de servicio obrante a folio 261.

²⁴ Folios 245 a 257, c. 1.

²⁵ 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.

mentado decreto, y sin que ello siquiera, se discuta por el 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 al señor ANTONIO JOSÉ JUNIELES ARRIETA por la entidad demandada, está ajustada a derecho, en la medida que el cálculo del IBL como beneficiario 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 el demandante, sino conforme al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto el artículo 21 *ibídem*, tal como se la entidad demandada, 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 planteados por el 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 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 el actor, 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 aplicable al caso (Ley 100 de 1993), el cual no hace parte de las ventajas que otorga el régimen de transición frente al régimen pensional aplicable al actor.

Por consiguiente, la Sala Tercera de Decisión de este Tribunal, revocará la sentencia en alzada, y negará las pretensiones de la demanda.

e. Costas.

La Ley 1437 de 2011, norma en su artículo 188²⁶, 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*²⁷, 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

²⁶ **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.*

²⁷ 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. (...)".

valorativo²⁸, 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 jurisprudencial²⁹ 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.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo De Sucre administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo. En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones formuladas por el señor ANTONIO JOSÉ JUNIELES ARRIETA, conforme las consideraciones expuestas en esta providencia.

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

²⁸ 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" (...)

²⁹ El que le era favorable a sus intereses.

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 178

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado