



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo Sucre, veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)¹

Magistrado ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2016-00374-00
DEMANDANTE:	CARLOS ENRIQUE PUCHE SIBAJA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia, dentro del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, adelantado por **CARLOS ENRIQUE PUCHE SIBAJA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - “COLPENSIONES”**, al no observar irregularidad alguna que afecte lo actuado, pues, fueron saneadas cada una de las etapas procesales del referido proceso.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones²:

El señor **CARLOS ENRIQUE PUCHE SIBAJA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - “COLPENSIONES”**, con el objeto que se declare la nulidad

¹ La providencia se expide a la fecha, en espera de la sentencia de unificación que sobre el tema debía tomar el Honorable Consejo de Estado, lo que solo ocurrió hasta el día 28 de agosto de 2018, entendiéndose que el trámite de unificación jurisprudencial, que recomendaba suspender procesos como el presente, se inició el día 29 de agosto de 2017; es decir, antes de que ingresara a Despacho del Ponente el asunto.

² Folios 2-3 del expediente.

parcial de las Resoluciones Nos. 02865 del 26 de julio de 2006, mediante la cual, se concede la pensión de jubilación al actor y 047360 de noviembre 14 de 2006, mediante la cual, se incluye en nómina la anterior resolución; y se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 356180 del 11 de noviembre de 2015, mediante la cual, se reliquida la pensión de jubilación al actor y GNR 41007 del 8 de febrero de 2016, por la cual, se confirma la anterior resolución.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicita el actor se condene a COLPENSIONES, a reliquidar su pensión de jubilación con aplicación de la Ley 33 de 1985.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda³.

Mediante Resolución No. 028565 de julio 26 de 2006, COLPENSIONES reconoce al señor Carlos Enrique Puche Sibaja, pensión de jubilación con una mesada de \$1.851.974.00 a partir de la fecha en que acredite el retiro del servicio. La base de liquidación fue establecida en \$2.469.298.00, con fundamento en la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

A través de la Resolución No. 01425 de septiembre 12 de 2006, el INCORA dio por terminada la relación laboral al señor Carlos Enrique Puche Sibaja como titular del cargo Profesional Especializado Grado 19, a partir del 1° de diciembre de 2006.

Por medio de Resolución No. 047360 de noviembre 14 de 2006, el Seguro Social, resuelve incluir en nómina la Resolución No. 028565 de julio 26 de 2006, por medio de la cual, se le concedió pensión de jubilación al actor; y decide reconocerla en cuantía de \$1.868.849.00, a partir del 1° de diciembre de 2006.

³ Folios 3 - 4 del expediente.

Aduce el demandante, que por razones de edad y tiempo de servicios, está cobijado por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; sin embargo, COLPENSIONES, para obtener el valor de la mesada pensional reconocida, no tuvo en cuenta el 75% promedio de lo devengado en el último año de servicio.

Por lo anterior, el 26 de noviembre de 2014 el demandante solicita a COLPENSIONES, la reliquidación de su pensión de jubilación, con aplicación integral del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, artículo 36, que remite al anterior régimen pensional, Ley 33 de 1985, con inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Mediante Resolución No. GNR 356180 de noviembre 11 de 2015, COLPENSIONES decide modificar el valor de la mesada reconocida inicialmente, en cuantía de \$2.398.643.00, que corresponde al 75% calculado sobre un IBL de \$3.198.190, con 1594 semanas.

Contra la anterior resolución, el actor interpuso recurso de reposición, con el fin que se reliquidara su pensión con los factores salariales devengados en el último año de servicio; sin embargo, COLPENSIONES, por medio de Resolución No. GNR 41007 de febrero 8 de 2016, resuelve confirmarla.

El día 6 de septiembre de 2016, se llevó a cabo audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos de Sincelejo, pero fue declarada fallida por falta de ánimo conciliatorio de la entidad convocada.

Señala el accionante, que con la negativa relacionada, se violaron las siguientes normas: artículos 29, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; artículos 21 y 127 del C. S. del Trabajo; y artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Dentro del concepto de violación, sostiene que la entidad demandada desnaturaliza el régimen de transición, cuando le reconoce su pensión con

el requisito de edad, tiempo de servicio y monto, aplicando la Ley 33 de 1985 y determinando la base de liquidación conforme la Ley 100 de 1993.

Cita varios pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el principio de favorabilidad en materia laboral y de cómo se debe interpretar el régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1.4.- Actuación Procesal.

- La demanda fue presentada el día 19 de diciembre de 2016 (folio 8), correspondiendo por reparto su conocimiento al suscrito magistrado ponente (fl. 112).

- La demanda fue admitida por auto del 27 de febrero de 2017 (folio 114). En la misma providencia, se ordenó la notificación personal del Director de COLPENSIONES, del señor Procurador Judicial Delegado ante este Tribunal, así como del Director General de Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 114).

- Notificada tal providencia en debida forma (118 y ss), se surtió el traslado correspondiente (fls. 133 - 134).

- Contestación de la demanda⁴.

La Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda, por carecer de asidero jurídico, debido a que la pensión fue legal y debidamente reconocida y por tal motivo, no hay lugar a su reliquidación.

Frente a los hechos señala, que los admite en su mayoría, excepto los relacionados en los numerales 1º y 5º de la demanda, los cuales no le constan; y el 2º y 3º que no los considera hechos, sino conceptos personales de la parte actora.

⁴ Folios 121 – 126 del expediente.

Como razones de defensa, señala que el régimen de transición tan solo hace referencia a la aplicación de la norma anterior a la Ley 100 de 1993, en lo referente a la edad, semanas mínimas cotizadas y tasa de reemplazo, sin que sea posible extender los efectos de la transición al Ingreso Base de Liquidación. Dicha postura fue avalada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, donde se fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el IBL, no es un aspecto de la transición y que el monto de la pensión, se determina con la regla del régimen general.

Señala, que de dicha sentencia se extrae que el monto de la pensión, no debe entenderse como el valor de la pensión, sino que equivale al porcentaje que se le debe aplicar al IBL y este IBL, se establece de conformidad con las reglas del sistema general de pensiones, es decir, con el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los 10 último años de servicios (art. 36 de la Ley 100 de 1993) o en el tiempo que hacía falta para adquirir el derecho a la pensión si este fuera menor y no, teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (art. 1 de la Ley 33 de 1985).

Propuso las siguientes excepciones: inexistencia de las obligaciones reclamadas; improcedencia para reliquidar la pensión de jubilación; y prescripción.

- Mediante auto del 5 de septiembre de 2017, se señaló hora y fecha para llevar a cabo audiencia inicial (fl. 139); diligencia que se realizó el día 26 de septiembre de 2017.

- La audiencia de pruebas se inició el día 31 de octubre de 2017 (fls. 165 – 166) y continuó el 12 de febrero de 2018 (fls. 190 – 191). En la misma diligencia, se dispuso prescindir de la etapa probatoria y ordenar a las partes, la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.

- Alegatos de conclusión.

Demandante⁵: Alega que es beneficiario del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, que remite al régimen pensional anterior al que estaba afiliado, este es, el previsto en la Ley 33 de 1985; normas sobre las cuales el Consejo de Estado ha reiterado que su aplicación escindida viola el artículo 53 de la Carta Política, por tanto, se debe aplicar la Ley 33 de 1985 en su integridad, es decir, teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicios, cuantía del 75% y el IBL, con los salarios devengados en el último año de servicio.

Aduce, que de igual forma el Consejo de Estado ha sostenido que la Ley 100 de 1993 y los salarios que contempla el Decreto 1158 de 1994, no se aplican en el reconocimiento y liquidación de las pensiones de jubilación, a los beneficiarios del régimen de transición, por cuanto dichas normas regulan y son aplicables en el reconocimiento de las pensiones del Sistema General de Pensiones.

En razón de lo anterior, insiste, en que se debe declarar la nulidad de los actos acusados porque se profirieron con violación del principio de favorabilidad laboral y de inescindibilidad, en la aplicación de la norma.

Ministerio Público⁶: emite concepto de fondo, solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda, en razón a que COLPENSIONES reconoció la prestación bajo los preceptos legales, factores taxativos señalados en la Ley 62/1985, por lo tanto, no es posible acceder a la reliquidación, toda vez, que los actos administrativos se ajustaron a derecho; además, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el Ingreso Base de Liquidación no es un aspecto de la transición y que el monto de la pensión se determina con la regla del régimen general.

⁵ Folios 193 - 194

⁶ Folios 210 - 213.

Aclara, que los factores salariales: bonificación por servicio, prima semestral, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación quinquenal, no pueden ser tenidas en cuenta porque no se encuentran dentro de los factores salariales establecidos en la Ley 62/1985 y tampoco fueron objeto de cotización; por consiguiente la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados, no es procedente.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en Primera Instancia, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad, que invalide lo actuado.

2.2.- Problema Jurídico.

Vistos los extremos de la litis y la fijación del litigio establecido en la etapa de audiencia inicial, para esta Sala, el problema jurídico a dilucidar estriba en determinar: ¿El señor CARLOS ENRIQUE PUCHE SIBAJA, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", teniendo en cuenta el régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de conformidad con el régimen descrito en la Ley 33 de 1985?

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1. El régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993. Antes de la expedición de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, el Estado colombiano no contaba con un sistema integral de pensiones, sino

que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Para ilustrar, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a CAJANAL y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública, los docentes y los congresistas.

A su vez, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial según las Leyes 6 de 1945⁷ y 65 de 1946⁸ y el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, era una prestación especial, únicamente, para ciertos empleados que hubieren laborado, en principio, como mínimo 20 años para la misma compañía⁹. Por otra parte, en algunos casos y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como, por ejemplo, CAXDAC¹⁰. Por último, sólo a partir de 1967, el Instituto de Seguros Sociales empezó a asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados del sector privado, a pesar de haber sido establecido con la Ley 90 de 1946¹¹.

Así pues, puede señalarse, que coexistían dos grandes modelos de seguridad social en pensiones y varios sistemas que se enmarcaban dentro de aquellos, los cuales funcionaban independientemente, con lógicas distintas y tenían formas de financiación propias. Ciertamente, un primer modelo se caracterizaba por la obligación del empleador de garantizar el riesgo de vejez de sus trabajadores a través del reconocimiento de una

⁷ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo".

⁸ "Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras".

⁹ Sobre el particular, es importante mencionar que con el fin de proteger a los trabajadores que llevaban un largo tiempo laborado para una misma empresa, pero que no cumplían 20 años de servicio, se establecieron prestaciones como la pensión sanción y la pensión restringida de jubilación contempladas en la Ley 171 de 1961, "Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones."

¹⁰ Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles)

¹¹ "Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales".

pensión de jubilación, siempre y cuando se acreditara un determinado tiempo de servicio y el segundo, se basó en un sistema de aportes en el cual se debían realizar cotizaciones de manera exclusiva a una administradora pública o privada, que reconocería una mesada periódica al momento de cumplirse con cierta edad y número específico de contribuciones.

Posteriormente, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social acogidos por el Constituyente de 1991, el Legislador, con la expedición de la Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones”*, pretendió superar la desarticulación entre los distintos modelos y regímenes pensionales, mediante la creación de un sistema integral y general de pensiones, que permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, y genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, con los fines de aumentar su eficiencia ejecutiva y de ampliar su cobertura.

Con tales propósitos, se implementaron nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, se establecieron reglas sobre el cálculo de semanas de cotización y se creó un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos de aquellas personas, próximas a adquirir la prestación social en comento. En torno a este último aspecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ofreció a los afiliados que se encontraban próximos a la consolidación de su derecho pensional, beneficios que implicaban el efecto ultractivo de los requisitos de edad, monto y número de semanas o tiempo de servicio del régimen al cual estaban vinculados, al momento de la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

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

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

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos”.

Como se observa, dicho artículo permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la aclaración que para el sector público territorial, el Sistema General de Pensiones, entró en vigencia el 30 de junio de 1995.

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado¹²:

“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional

¹² Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión” (Resaltado fuera de texto).

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos, una de las disposiciones aplicables, es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder a la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75% del ingreso base de liquidación y otra, es la de aquellos empleados que venían afiliados al I. S. S.

Sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición pensional, previsto en la Ley 100 de 1993, que hayan laborado en una entidad estatal afiliada al I.S.S., se cita la sentencia fechada 6 de octubre de 2011¹³, proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se precisó:

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”. Rad.: 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). Actor: Raúl Antonio Ospino Vizcaíno, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

“En este punto es dable precisar que 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 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.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

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 758 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.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones.”

Anotándose, que tal principio de favorabilidad, a su vez, implica considerar el quantum pensional, a efectos de no vulnerar la condición más favorable

del trabajador, siempre y cuando, claro está, se hayan probado los factores salariales que harían la diferencia.

2.3.2. El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación, de los empleados del sector público, beneficiarios del Régimen de Transición - factores salariales de liquidación – Interpretación Jurisprudencial.

Anteriormente, la sub regla de orden jurisprudencial, que había hecho carrera, era que todos aquellos factores o conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, debían ser considerados al momento de calcular el Ingreso Base de Liquidación (IBL), ya que respondían al criterio de que era el pago percibido por un trabajo, bajo el concepto de salario; excluyéndose así la taxatividad, que imperaba en ciertos fallos judiciales sobre el tema.

Sin embargo, la anterior postura fue modificada por la nueva línea jurisprudencial de las Altas Cortes, en las que se interpreta que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL) debe atender a lo dispuesto en el régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y los factores salariales que se deben incluir en el IBL, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Así, se ha dicho, que para las personas beneficiarias del régimen de transición aplica la norma anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el “**monto**” de la pensión, excluyéndose el ingreso base de liquidación.

En relación con el **concepto de monto**, la Honorable Corte Constitucional ha identificado dos acepciones, una en el marco de los regímenes especiales y otra, como beneficio del régimen de transición. En efecto, la **Sentencia T-060 de 2016**¹⁴, reiteró que “*en cuanto a la primera, está concebida como el resultado de aplicar el porcentaje o tasa de reemplazo al promedio de liquidación del respectivo régimen; y la segunda como un privilegio legal*

¹⁴ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

para aquellos próximos a adquirir el derecho, pero que por razón de no haberlo consolidado, serían destinatarios de unas reglas específicas y propias de la pensión causada en vigencia de la transición, a través de las disposiciones contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)"

Específicamente, como lo reseñó tal Tribunal en la **Sentencia T-078 de 2014**¹⁵, los incisos segundo y tercero del mencionado artículo 36, fijan las siguientes reglas en relación con el concepto de monto, aplicables para el reconocimiento de las pensiones que se pretendan causar en virtud del régimen de transición:

*"... de: (i) liquidar la pensión con base en el tiempo restante o (ii) con el promedio de toda la vida laboral si fuere "**Inciso segundo**¹⁶- establece (i) los requisitos para acceder al régimen de transición - 40 años hombre / 35 mujer ó 15 años de tiempo de servicio-; (ii) los beneficios antes mencionados -edad, monto, y semanas o tiempo de servicio- y (iii) dispone que las demás condiciones y beneficios serán los de la Ley General de Pensiones.*

Inciso tercero¹⁷- regula la forma de promediar el ingreso base de liquidación de aquellos beneficiarios del régimen de transición que están a menos de 10 años de consolidar el derecho, los cuales cuentan con la posibilidad superior. No obstante, no mencionó a los afiliados que estando dentro del régimen de transición les faltare más de 10 años para acceder al derecho pensional, por lo que se entiende que se rige por la ley general, es decir, el artículo 21 de la Ley 100/93".

Sobre el particular, la Corte en cita, en la **Sentencia C-258 de 2013**¹⁸, al estudiar la constitucionalidad de la expresión "durante el último

¹⁵ M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁶ Artículo 36, inciso 2º de la Ley 100 de 1993: "La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley"

¹⁷ Artículo 36, inciso 3º de la Ley 100 de 1993: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)"

¹⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, fijó una interpretación clara 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, sostuvo:

“La Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. 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”.

Así las cosas, en aquella oportunidad se resolvió, declarar inexecutable la expresión cuestionada y condicionó la constitucionalidad del resto del precepto normativo, según las siguientes conclusiones:

“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”.

En síntesis, en la **Sentencia C-258 de 2013**, se consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, **constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993**, en la medida que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva, de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición, sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho¹⁹ de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, tan Alto Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación.

Posteriormente la **Sentencia SU-230 de 2015** la Honorable Corte Constitucional señaló, que la Sentencia C-258 de 2013 no solo "*fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4^ª de 1992*", sino que además, "*estableció una interpretación sobre la*

¹⁹ En la Sentencia C-258 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue".

aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 [de] la Ley 100”²⁰.

A su vez mencionó la **Sentencia T-078 de 2014**, en la que se expuso que “la Sala Plena de la Corte en la Sentencia C-258 de 2013, estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio de quienes hacen parte de regímenes especiales que consiste en la aplicación ultractiva de los requisitos de aquellos pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación –IBL”²¹.

Concluyó entonces la Sala Plena de la Corte Constitucional en la **Sentencia SU-230 de 2015**, que “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”²².

En resumen, conforme a la posición de la Corte Constitucional, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas, con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste, en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo que a su vez, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho.

²⁰ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

²¹ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

²² Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.4.

El Honorable Consejo de Estado, por su parte, había manifestado un criterio que disiente de la regla jurisprudencial fijada en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sobre el IBL en el régimen de transición, en el sentido, de que para las personas beneficiarias del régimen de transición, aplicaba íntegramente la norma anterior, en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión y que la palabra “monto”, dispuesta en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no estaba haciendo alusión, únicamente, al porcentaje contemplado en el régimen anterior, sino a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación²³.

No obstante, la anterior postura fue modificada por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en reciente Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018²⁴, en la que fijó la **Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición**, así:

“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

²³ Este criterio se expresa en sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado como las del 24 de junio de 2015, Radicado No. 25000-23-25-000-2011-00709-01; 17 de julio de 2013, Radicado No. 25000-23-25-000-2010-00898-01; 26 de julio de 2012, Radicado No. 25000-23-25-000-2009-00174-01; 15 de marzo de 2012, Radicado No. 25000-23-25-000-2008-00863-01.

²⁴ 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.

cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989²⁵. **Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

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

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

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

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de

²⁵ 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 [...]”.

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 sea diciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

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

102. La Sala Plena del 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 respete 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 asegure la viabilidad financiera del sistema".

Tal como se advierte, la Sala Plena del Consejo de Estado cambió las reglas para liquidar la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición, señalando para tal efecto, que el periodo para liquidar las

pensiones es: **i)** Si faltare menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión, el IBL será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior;; y **ii)** Si faltare más de diez años, el IBL será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión. En ambos caso, el IBL, será actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Así mismo, establece que los factores salariales a incluir en el IBL, son únicamente aquellos, sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Con base en las citadas posturas de las Altas Cortes, procede esta Colegiatura a resolver el presente asunto.

2.4. Caso concreto.

En el *sub lite*, se encuentran demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. El señor CARLOS ENRIQUE PUCHE SIBAJA, nació el 19 de noviembre de 1949, tal y como lo acepta la entidad demandada en los actos administrativos demandados y conforme a la copia de su cédula de ciudadanía²⁶.

-. Mediante Resolución No. 028565 de julio 26 de 2006²⁷, la entidad demandada concedió pensión de jubilación al señor CARLOS ENRIQUE PUCHE SIBAJA, a partir del 2006, en cuantía de \$1.851.974.00, liquidación que se efectuó teniendo en cuenta los salarios de los 3650 días anteriores a la última fecha de cotización, arrojando un ingreso base de liquidación de \$2.469.298.00, al cual se le aplicó un 75%.

²⁶ Archivo GEN-DDI-AF-2014_9937471-20141126141454 de los antecedentes administrativos. Folio 132.

²⁷ Folios 19 – 21, y Archivo GRP-AAD-IR-2014_9937471-20141126141454 de los antecedentes administrativos - Folio 132.

Para la liquidación efectuada, se tuvo en cuenta la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo de servicio y monto), La Ley 100 de 1993 – Inciso 3 del artículo 36 y los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

El pago e ingreso a nómina de la mesada pensional, quedó en suspenso hasta el retiro del servicio del asegurado.

-. Mediante Resolución No. 047360 de noviembre 14 de 2006²⁸, el ente accionado, resolvió incluir en nómina la Resolución No. 028565 de julio 26 de 2006, a partir del 1° de diciembre de 2006, en cuantía de \$1.868.849.00; reliquidación que se efectuó teniendo en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación.

-. El 26 de noviembre de 2014²⁹, el demandante solicita a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión de jubilación, con aplicación íntegra del régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

-. La anterior petición fue resuelta por medio de la Resolución No. GNR 356180 del 11 de noviembre de 2015³⁰, en la cual se resolvió reliquidar la pensión del señor Carlos Enrique Puche Sibaja, a partir del 26 de noviembre de 2011, en cuantía de \$2.398.643.00, correspondiente al 75% calculado sobre un IBL de \$3.198.190, con 11,162 días, equivalentes a 1594 semanas

En dicho acto, se deja expresamente sentado, que no hay lugar a la reliquidación de la prestación teniendo presentes todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, toda vez, que el IBL no fue un aspecto sometido al régimen de transición.

²⁸ Folios 22 – 24.

²⁹ Según se extrae de la Resolución No. GNR 356180 de 2015.

³⁰ Folios 9 – 13, 35 – 39, y Archivo GEN-RES-CO-2016_7006446-20160707083300 de los antecedentes administrativos - Folio 132.

- Mediante Resolución GNR 41007 del 8 de febrero de 2016³¹, se desató el recurso de reposición formulado en contra de la anterior resolución, confirmando lo ahí decidido. En sus considerandos se lee:

“A. La definición y entendimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, será el siguiente:

1. *El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido al régimen de transición.*

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

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

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

3. *El régimen de transición respeta edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión del régimen anterior referido solamente a la tasa de reemplazo.../ Los únicos factores salariales que se deberán tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones”.*

- Que conforme certificado de fecha 16 de septiembre de 2013, emitido por la Coordinadora del Grupo Gestión Integral de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura, el señor CARLOS ENRIQUE PUCHE SIBAJA, laboró en el liquidado Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, desde el 21 de febrero de 1974 hasta el 30 de noviembre de 2006. A la fecha de retiro, desempeñaba el cargo Profesional Especializado Grado 16³².

Según dicha certificación, el señor Puche Sibaja durante el periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 2005, hasta el 30 de noviembre de

³¹ Folios 14 – 17, 40 - 43, y Archivo GRF-AAT-RP-2015_11779526-20160210023940 de los antecedentes administrativos - Folio 132.

³² Folio 25.

2006, devengó los siguientes conceptos: **asignación básica mensual, bonificación quinquenal, bonificación por servicios, prima semestral, adición sueldo, sueldo de vacaciones, bonificación por recreación, prima de vacaciones y prima anual de navidad.**

Del anterior recuento probatorio, se demuestra, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el señor CARLOS ENRIQUE PUCHE SIBAJA contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios³³, por lo que en virtud del art. 36 de la Ley 100 de 1993, puede predicarse que se encontraba en régimen de transición, por ende, podía aplicarse el contenido de la Ley 33 de 1985, como lo reclama el demandante.

Ahora bien, como quiera que la controversia radica en establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida, es menester reiterar, como bien se deja sentado en el marco normativo, que las pretensiones formuladas no resultan procedentes, en virtud de que para tal efecto, la interpretación adecuada del art. 36 de la ley 100 de 1993, conlleva que los factores salariales a tener en cuenta, son los que se señalan a partir de la mencionada Ley 100 de 1993, concretamente los determinados en el art. 1º del Decreto 1158 de 1994, por demás conteste con la Ley 62 de 1985³⁴, si se reclama la aplicación de la Ley 33 de 1985, el que a la letra dice:

"ARTÍCULO 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

³³ De los actos administrativos se desprende que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor había laborado para el INCORA 19 años, 3 meses y 11 días, esto es, desde el 20 de febrero de 1974 hasta el 1º de mayo de 1993.

³⁴ **"Artículo 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

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;...”*

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la Sala, que la entidad demandada, en los actos acusados, aplicó la postura actual de las altas Cortes en materia de liquidación pensional, por ende, deben despacharse desfavorablemente las pretensiones, anotando que a partir de la fecha, este Tribunal acoge lo expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en la Sentencia T – 39 de 2018 y Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018, respectivamente y en las cuales, se desvirtúan de manera clara y precisa, los argumentos que anteriormente habían servido de base para ordenar la reliquidación en los términos que aquí pretende el demandante, lo que a su vez implica, que se cierra el paso para retomarlos o esgrimirlos, pues, ya fueron consideradas por las Altas Corporaciones, tal como quedó visto en el marco normativo indicado³⁵.

A parte de lo anterior, es de anotarse, que no se demostró en el expediente que se hubieren dejado de incluir como factores de cálculo del IBL, aquellos sobre los cuales se hayan hecho aportes o cotizaciones. Tan es así, que ni siquiera se sabe con base en qué factores concretos, se liquidó la pensión del accionante, razón por la cual, deben negarse las pretensiones de la demanda.

3. CONDENAS EN COSTAS. En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condena en costas a la parte demandante –primera instancia-

³⁵ Véase que la sentencia del Consejo de Estado, del 28 de agosto de este año, dejó sentado que sus efectos aplican solo para las pensiones que están próximas a liquidarse o aquellas frente a las cuales están en curso demandas.

y se ordena su liquidación, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, sin perjuicio, se anuncia desde ya, que al momento de liquidar la condena en costas, deba analizarse el *criterio de utilidad del gasto*, esto es, aquel entendido como una utilidad razonable y proporcionada, tomando en consideración, tanto la naturaleza del proceso, como la finalidad de la actuación desplegada, a fin de atender los principios de justicia material y equidad, que en este caso, eventualmente, se miraban presentes al momento de formularse la demanda, con el amparo de una posición jurisprudencial que posteriormente fue desechada.

Por tal razón, dado que la decisión del Juez no puede suponer arbitrariedad, pues, su decisión deberá sujetarse a las exigencias de (i) comprobación, (ii) utilidad, (iii) legalidad y (iv) razonabilidad y proporcionalidad del gasto, con lo cual se garantiza el mandato constitucional que impone a los Jueces, en sus decisiones de estar sometidos al imperio de la ley, en casos como el estudiado, dada la particularidad del cambio jurisprudencial, bien puede considerarse no imponerse al demandante una carga plena de costas³⁶.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo dicho en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandante. La Secretaría del Tribunal liquidará las costas procesales,

³⁶ La opción de liquidar, especialmente, las agencias en derecho en cero, resultaría una opción válida, en casos como el presente, bajo el criterio de equidad, sin desechar que la condena en costas responde a una razón meramente objetivo, como lo ha aceptado este mismo Tribunal.

incluyendo agencias en derecho, atendiendo para tal efecto, lo afirmado en esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** al demandante el remanente de los gastos procesales de existir.

CUARTO: En firme esta determinación, previa desanotación de los L. R. respectivos y del Sistema, **ARCHÍVESE** lo actuado.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0139/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA