



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2016-00154-01
DEMANDANTE: BERTHA MARÍA ESCOBAR IRIARTE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES (COLPENSIONES)
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 20 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

La señora **BERTHA MARÍA ESCOBAR IRIARTE**, 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 fin que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. GNR 408876 del 24 de noviembre de 2014, mediante la cual, se ordena la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora y VPB 64638 del 5 de octubre de 2015, por medio de la cual, se resuelve un recurso de apelación contra la anterior resolución.

¹ Folios 27 – 28 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide la demandante que se ordene a COLPENSIONES, le reliquide su pensión, teniendo en cuenta para su cálculo el promedio del 75% de todos los factores devengados en el último año de servicio, incluyendo en el IBL mensual los siguientes factores: sueldo, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, horas extras y cualquier otro emolumento que se demuestre haber percibido en ese periodo; pensión que ha de pagarse en cuantía mensual no inferior a \$924.665.00, efectiva a partir del 13 de octubre de 2004, ordenando aplicar los reajustes de la Ley 100 de 1993 sobre la cuantía pretendida.

Así mismo, solicita la actora se ordene a COLPENSIONES pagar las diferencias existentes entre el valor inicialmente reconocido y el establecido en la respectiva reliquidación, haciendo los respectivos reajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor.

1.2.- Hechos²:

La señora Bertha María Escobar Iriarte, laboró al servicio del Estado como servidora pública, por un periodo superior a los veinte años, siendo su último lugar de servicio el Centro de Salud de Tolú, Sucre.

La señora Bertha María Escobar Iriarte, cumplió su estatus de pensionada por edad, el día 11 de abril de 2001.

La Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), mediante Resolución No. 1695 del 1º de enero de 2002, reconoció una pensión de jubilación a favor de la señora Berta María Escobar Iriarte, en cuantía de \$404.471.00, efectiva a partir del 1º de septiembre de 2002.

La demandante, se retira definitivamente del servicio a partir del 13 de octubre de 2004.

² Folios 28 - 29 del cuaderno de primera instancia.

Mediante escrito radicado el 26 de agosto de 2014, la accionante presentó ante COLPENSIONES, solicitud de reliquidación pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

COLPENSIONES, mediante Resolución No. GNR 408876 del 24 de noviembre de 2014, ordenó la reliquidación de la mesada pensional de la actora, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$751.339.00, efectiva a partir del 26 de agosto de 2010. Dicha reliquidación se hizo en aplicación del Decreto 758 de 1990 (pensión por aportes), argumentándose que la señora Bertha María Escobar Iriarte, no contaba con los 20 años de servicios públicos.

Contra la anterior decisión, la peticionaria interpuso recurso de apelación, siendo modificada mediante Resolución No. VPB 64638 del 5 de octubre de 2015, a través de la cual, se reliquida la mesada pensional en aplicación de la Ley 33 de 1985, elevándose la cuantía a la suma de \$823.056.00, efectiva a partir del 26 de agosto de 2011.

Manifiesta la accionante, que no obstante lo anterior, la mesada fue calculada sin tener en cuenta la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios – *13 de octubre de 2003 al 12 de octubre de 2004* -, periodo durante el cual, devengó los siguientes conceptos: sueldo, bonificación por servicio, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, horas extras dominicales y festivos.

Como soporte jurídico de sus pretensiones, alegó como violadas las siguientes normas³: artículos 2, 13, 25 y 58 de la Constitución Política; artículo 21 del C.S. del T., Leyes 57 y 153 de 1987; Ley 4 de 1966; Decreto 1045 de 1978; Decretos 3135 y 1848 de 1968; Leyes 33 y 62 de 1985; artículos 36 y 288 de la Ley 100 de 1993; Decretos 1158 de 1994 y 2143 de 1995.

³ Folio 30 del cuaderno de primera instancia.

En el **concepto de violación**⁴, aduce la accionante que los actos administrativos demandados, violan las normas de carácter sustancial y constitucional, por la incorrecta y desfavorable interpretación del inciso segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De igual forma, señala que la entidad demandada también interpreta erróneamente el Decreto 1158 de 1994 al hacerlo extensivo al caso, puesto que, solo cobija a los trabajadores que se encuentran bajo el régimen de la Ley 100 de 1993 y además, porque existe norma anterior a dicha ley para realizar la liquidación pensional amparadas por el régimen de transición.

Sostiene, que la entidad demandada niega la reliquidación pensional fundamentándose en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015; sin embargo, indica que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, determina que las aludidas sentencias son objeto de estudio de la Ley 4 de 1992, la cual es aplicable a los altos funcionarios del Estado, por tanto, los efectos no son extensibles a los demás regímenes.

1.3.- Contestación de la demanda⁵.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, se opuso a las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamento jurídico y probatorio. Frente a los hechos señaló, que en su mayoría se admitían; sin embargo, en lo que respectaba a la no inclusión de los factores salariales, indicó, que no eran hechos, sino simples apreciaciones personales de la parte actora, toda vez, que la entidad reliquidó la prestación aplicándole la ley más favorable.

Como argumentos de defensa señala, que a la demandante se le tuvieron en cuenta los requisitos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, norma que reconoce un 75% del IBL, como monto de la pensión.

⁴ Folios 30 - 36 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 115 - 120 del cuaderno de primera instancia.

Anota, que el monto de la pensión de jubilación, no se debe entender como el valor de la pensión, sino que el monto equivale al porcentaje que se le debe aplicar al IBL y este último, se establece de conformidad con las reglas de la Ley 100 de 1993, es decir, con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los 10 últimos años (artículo 36) o en el tiempo que hacía falta para adquirir el derecho a la pensión si este fuera menos y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año.

Refiere, que la Corte Constitucional concluye que el ingreso base de liquidación no es un aspecto de la transición y por lo tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional, con independencia del régimen especial al que pertenezca.

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

1.4. Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 20 de octubre de 2017, declara no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

A su vez, declara la nulidad parcial de los actos acusados y en consecuencia, condena a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), a reliquidar la pensión reconocida a la señora BERTHA MARÍA ESCOBAR IRIARTE, a partir del 26 de agosto de 2011, con la inclusión en la base de liquidación de los siguientes elementos salariales devengados por ella en el último año de servicio, así: bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio de alimentación, subsidio de transporte y horas extras.

⁶ Folios 137 - 150 del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, condena a la UGPP a reconocer y pagar a la accionante, las diferencias surgidas luego de la reliquidación ordenada.

Y declara probada parcialmente la excepción de prescripción, propuesta por COLPENSIONES y que afecta las mesadas causadas con anterioridad al 26 de julio de 2011.

Como fundamento de su decisión, el A-quo señala, que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, la actora tenía más de 35 años de edad, por tanto, al reunir los requisitos dispuestos en el artículo 36 de la citada normatividad, era beneficiaria del régimen de transición.

Empero, indica la juez, que si bien la entidad demandada le reconoce el derecho pensional a la accionante, teniéndola como beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, lo cierto es, que desechó la aplicación integral de la Ley 33 de 1985 en su integridad, pues, al momento de establecer la tasa de reemplazo se dio aplicación a lo previsto en otras normas y circulares, que no se refieren al régimen anterior aplicable a la demandante.

Resalta, que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo ha distinguido que cuando se de aplicación al régimen de transición, no deben desconocerse ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho, esto es, la edad (55 años), el tiempo de servicio (20 años) y la cuantía de la pensión (75% de todos los factores que constituyeron el salario promedio durante su último año de servicio).

Señala que lo anterior, se funda en atención al principio de favorabilidad, según el cual, debe aplicarse la norma que más beneficia al trabajador; luego entonces, debe darse aplicación a la Ley 33 de 1985.

1.5.- El recurso⁷.

La parte demandante, apela la decisión de primer grado, a fin de que sea complementada o modificada en esta instancia, en el sentido de indicarse que la efectividad de la pensión a reliquidar es a partir del 13 de octubre de 2004, con efectos fiscales a partir del 26 de agosto de 2011. Así mismo, pide la parte actora, que se indique los procedimientos que debe seguir el ente de previsión, para el cálculo y deducción de aportes y para decretar la prescripción a que haya lugar, sobre la acción de cobro de los aportes.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 29 de enero de 2018⁸, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2017.

- Posteriormente, a través de auto de 21 de febrero de 2018⁹, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

-. La parte demandante¹⁰, reitera los argumentos expuestos en el escrito de apelación.

-. La entidad demandada, COLPENSIONES, no alegó en esta instancia procesal y el Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia. Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el

⁷ Folios 155 - 1625 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 8, del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 11 - 13 del cuaderno de segunda instancia.

artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta el asunto estudiado, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar: ¿Tiene derecho la demandante a la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio?

¿Una respuesta negativa a la inquietud anterior, en segunda instancia, conlleva vulneración del principio de la *reformatio in pejus*?

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1.- Excepciones al principio de la *non reformatio in pejus*

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

“Artículo 328. Competencia del superior. *El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

(...)

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella”.

Lo anterior, se ha entendido como el principio de la *non reformatio in pejus*, que alude a la prohibición de reformar en perjuicio del apelante único; sin embargo, se ha advertido por la jurisprudencia, que dicho principio no es un derecho fundamental absoluto o ilimitado y que el *ad quem*, puede entrar a estudiar cuestiones propias de debate jurídico, así no hayan sido objeto del recurso de apelación, cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima.

Así, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 19 de enero de 2017¹¹, expuso lo siguiente:

*“Esta Corporación ha indicado que la non reformatio in pejus no es un derecho fundamental absoluto o ilimitado¹², lo que ha sido avalado recientemente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al indicar que “al juez de segunda instancia le está prohibido pronunciarse sobre las situaciones que no hayan sido planteadas en el recurso, **salvo contadas excepciones**”¹³, valoración que se debe hacer caso a caso. De igual modo, se debe indicar que su materialización está ligada a la garantía del debido proceso en tanto el funcionario judicial de segunda instancia se debe limitar, en principio, a lo que en la apelación se indica como lo desfavorable para el apelante.*

No obstante, de manera excepcionalísima el ad quem cuando encuentre que la decisión de primera instancia es manifiestamente ilegítima, puede entrar a estudiar cuestiones propias del debate jurídico así no hayan sido objeto del recurso de apelación. Dicho de otra manera, un funcionario judicial al advertir que se están consolidando situaciones jurídicas en abierta contradicción del ordenamiento jurídico, no puede rehusarse a efectuar algún tipo de pronunciamiento sólo bajo la consideración de que fue un asunto que no se planteó en el escrito de apelación” (Resaltado fuera de texto).

Tema que ha sido reiterado por el Honorable Consejo de Estado en diferentes providencias¹⁴, en donde se ha pronunciado sobre las excepciones al principio de la *non reformatio in pejus*, dando por sentado que el *ad quem*, puede estudiar aspectos jurídicos que no hayan sido objeto de recurso, cuando encuentre que la decisión apelada es ilegítima.

Conforme a lo citado, se colige, que si bien los argumentos expuestos por el apelante único son el límite de la competencia del juez *ad quem*, lo cierto es que el juez de segunda instancia, también está sometido al imperio de la ley y debe atender como criterio auxiliar, a la jurisprudencia, resultando que

¹¹ Referencia: Expediente N° 11001-03-15-000-2015-02281-01. Demandante: Francisco Javier Isaza Vélez. Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F. Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto.

¹² Cfr., Sentencia del 10 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente N° 47001-23-31-000-2000-00757-01 (35264)

¹³ Cfr., Sentencia T – 455 de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴ Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de tutela del 12 de julio de 2018, Radicado No. 11001-03-15-000-2018-01703-00.

el contenido normativo legal y su interpretación (jurisprudencia), deben ser legítimos.

Entendiéndose por legítimo, aquello que se encuentra en conformidad con las leyes y que, por ende, es lícito, criterio que a su vez, solo puede ser aceptado en virtud de considerar que el derecho, es un ejercicio de interpretación, aceptándose que las proposiciones normativas son el conjunto de argumentos “con los cuales los jueces hacen creer, que su postulado (decisión) es correcto”¹⁵ (paréntesis fuera de texto), afirmación que va de la mano con la tesis Dworkiniana de la existencia de una única respuesta correcta en el derecho, a la cual se puede llegar a través del ejercicio interpretativo.

Si esto es así, no cabe duda que un cambio jurisprudencial puede ser aceptado como una respuesta correcta, por ende, una regla que hace parte del ordenamiento jurídico (vía precedente en el ordenamiento jurídico colombiano), con contenido de legitimidad, en los términos descritos, por ende, su vulneración estatuye cualquier decisión judicial como ilegítima y para efectos de lo tratado, puede ser considerada en la segunda instancia, aunque el apelante no haya tratado el tema o se trate de apelante único, pues, de lo que se trata es de ajustar la decisión al ordenamiento jurídico.

De ahí que, es dable atender en el presente caso la postura actual de las Altas Cortes sobre la interpretación del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en tanto, el cambio jurisprudencial parte de aceptar que la interpretación anterior sobre el tema tratado, no era la respuesta correcta, en otras palabras, no se ajustaba al ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de la interpretación y es obligación de los Jueces, como lo hace entrever la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, aplicar su contenido, cuando el proceso se halle en trámite, como ocurre en eventos como este.

¹⁵ Arango, Rodolfo. Hay respuestas correctas en el derecho. Siglo del Hombre Editores. Ediciones Uniandes.

Al efecto, sobre el tema tratado, el Alto Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ha unificado su criterio al respecto en sentencia de fecha 28 de agosto de 2018¹⁶, indicando que 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; y 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, constituyéndose esta, en la regla legítima sobre la cual los Jueces deben fallar sus casos particulares, cualidad que a su vez, en clave de lo dicho, implica que hace parte de la excepción a la *reformatio in pejus*¹⁷.

De ahí que en este caso es viable aplicar la excepción al referido principio, frente a la necesidad de acatar las órdenes impartidas en la sentencia de unificación, la cual tiene fuerza vinculante con la finalidad de darle coherencia y seguridad al ordenamiento¹⁸; máxime, cuando la Sala Plena

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.

¹⁷ Nótese en este punto, que es la propia sentencia de unificación la que fijó efectos sobre lo resuelto, lo que impide hacer interpretaciones distintas a lo estrictamente ahí señalado, tal y como lo ha hecho en otras oportunidades, este mismo tribunal, en donde en la providencia de unificación no se fijaron estrictos parámetros sobre su aplicación y por el contrario, se dio textura abierta a la subregla (En la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, que se cita en la providencia descrita adelante, la subregla quedó así: "... (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral..."). Al efecto, Cfr. Tribunal Administrativo de Sucre. Sala Escritural. Sentencia del 19 de enero de 2017. Radicación: 70-001-33-31-004-2011-00122-01. Accionante: SILVIA ELENA ALMANZA CAMPO. Accionado: MUNICIPIO DE SINCELEJO. Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, M. P. Dr. RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY, donde, tratando el tema de la prescripción en contrato realidad, se aceptó que "... A lo anterior hay que adicionar, que las *novísimas posiciones aisladas del Consejo de Estado, que tratan del fenómeno de la prescripción en este tipo de asuntos, no podrían aplicarse a este asunto, pues, hay que tenerse en cuenta que la decisión recurrida, corresponde al 12 de diciembre de 2011 e injusto resultaría, aplicar tendencias que para el momento del fallo e incluso, para la formulación de la demanda no se habían introducido al ámbito de las providencias judiciales*".

¹⁸ Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011, refirió lo siguiente: "La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación

del Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación, precisó 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"*.

2.3.2.-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 1945¹⁹ y 65 de 1946²⁰ 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 compañía²¹. Por otra parte, en algunos casos y para determinados sectores

jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores."

¹⁹ *"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo"*.

²⁰ *"Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras"*.

²¹ 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."*

económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como, por ejemplo, CAXDAC²². 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 1946²³.

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 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

²² Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles)

²³ *“Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”*.

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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos”.~~

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 señalado²⁴:

“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 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).

²⁴ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

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 2011²⁵, proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se precisó:

“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

²⁵ 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.

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.

2.3.3. 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**²⁶, 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 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**²⁷, 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**”²⁸- establece (i) los requisitos para acceder al régimen de transición -*

²⁶ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁷ M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁸ Artículo 36, inciso 2° 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”*

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 tercero²⁹- 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**³⁰, al estudiar la constitucionalidad de la expresión “durante el último 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”.

²⁹ 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 (...)”.

³⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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 derecho³¹ de quien se aprovecha de la interpretación de las

³¹ 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”.

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 aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 [de] la Ley 100”³².

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”³³.

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

³² Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

³³ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

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”³⁴.

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 anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho.

Ahora, el Honorable Consejo de Estado 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 liquidación y aducen la necesidad³⁵.

No obstante, la anterior postura fue modificada por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en reciente Sentencia de

³⁴ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.4.

³⁵ 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.

Unificación de fecha 28 de agosto de 2018³⁶, 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 hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no 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 1989³⁷. **Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

³⁶ 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.

³⁷ 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

(...)

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 modifica 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

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 [...]”.

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".

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 hiciere 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.

2.4. Caso concreto.

En el *sub lite* se encuentra demostrado, de conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente, los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. Mediante **Resolución No. 1695 del 1 de enero de 2002**³⁸, el extinto Instituto de los Seguros Sociales le reconoció a la señora BERTHA MARÍA ESCOBAR IRIARTE, una pensión de jubilación, en cuantía de \$404.471.00, efectiva a partir del 1° de septiembre de 2002.

-. Mediante **Resolución No. GNR 408876 del 24 de noviembre de 2014**³⁹, la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), – reliquidó la pensión de la señora BERTHA MARÍA ESCOBAR IRIARTE, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$751.339.00, efectiva a partir del 26 de agosto de 2010. En dicho acto de reliquidación pensional, se aplicó el Decreto 758 de 1990.

-. Atendiendo al recurso de apelación interpuesto por la peticionaria, la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), expidió la **Resolución No. VPB 64638 del 5 de octubre de 2015**⁴⁰, en la que decidió modificar la anterior resolución, reliquidando la pensión de la señora Escobar Iriarte, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$823.056, efectiva a partir del 26 de agosto de 2011.

Dicha reliquidación tuvo en cuenta los requisitos de edad, tiempo y monto pensional dispuestos en la Ley 33 de 1985; las reglas de aplicación del IBL señaladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

³⁸ Folio 67, cuaderno de primera instancia.

³⁹ Folios 2 – 4, cuaderno de primera instancia.

⁴⁰ Folios 7 - 10, cuaderno de primera instancia.

Atendiendo al anterior recuento probatorio y al análisis de las demás pruebas obrantes en el plenario, esta Sala considera que la decisión de primera instancia debe ser **revocada**, en atención a las siguientes consideraciones:

La señora BERTHA MARÍA ESCOBAR IRIARTE, nació el 11 de abril de 1946⁴¹ y prestó sus servicios desde el año 1976 hasta el 2004, en diferentes periodos, en las siguientes entidades⁴²: **Departamento de Sucre - Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud de Sucre - Centro de Salud de Tolú - Sucre, Hospital Regional de Sincelejo**. Su último año de servicios lo desempeñó en el Centro de Salud de Tolú - Sucre, en el cargo de Auxiliar de Enfermería, desde el 12 de octubre de 2003, hasta el 12 de octubre de 2004, devengado en ese periodo, además del sueldo básico mensual y la bonificación por servicios prestados, los siguientes conceptos: **bonificación por servicios prestados, prima se servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, horas extras**⁴³.

Del anterior recuento probatorio, se demuestra, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, la señora **BERTHA MARÍA ESCOBAR IRIARTE** contaba con más de 35 años de edad, 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.

Ahora bien, para efectos de calcular el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de la actora, bajo el régimen requerido en demanda, es menester señalar, que se debe tener en cuenta la regla jurisprudencial del Consejo de Estado que interpreta el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y en la cual se indica, 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

⁴¹ Según Registro Civil de Nacimiento. Folio 81, cuaderno de primera instancia.

⁴² Según se extrae de los actos demandados.

⁴³ Según certificado obrante a folio 20, cuaderno de primera instancia.

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

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

Así mismo, 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 1985⁴⁴, si se reclama la aplicación de la Ley 33 de 1985, el que a la letra dice:

“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;...”*

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

⁴⁴ **“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”.

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 pensional prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 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 indicado⁴⁵. La anterior postura, indiscutiblemente conlleva a que las pretensiones de la demanda en los términos solicitados por el actor, deban ser despachadas desfavorablemente; *máxime*, cuando se advierte que la entidad demandada, en el último acto de reliquidación pensional, invoca la postura actual de las altas Cortes, respecto al periodo para calcular el IBL y la normatividad aplicable sobre factores salariales en materia de liquidación pensional, lo que como se ha dicho constituye la regla legítima vigente y aplicable.

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 reliquidó la pensión de la accionante, razón por la cual, deben negarse las pretensiones de la demanda, sumado a que cuando se invocan regímenes distintos (régimen ISS –Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990- enfrentado a la Ley 33 de 1985), debe acreditarse cuál es más favorable, lo que no ocurre en este caso.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye que la decisión de primera instancia, que ordenó la reliquidación pensional, debe ser revocada, conforme lo antes expuesto; procediéndose en su lugar, a negar las pretensiones de la demanda.

⁴⁵ 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.

3. CONDENAS EN COSTAS.

En relación con las costas, para este caso en particular, dadas las especiales circunstancias en que se obtiene el fallo, la Sala acoge el criterio del Honorable Consejo de Estado contenido en la sentencia del 18 de julio de 2018, C. P. Dr.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), Actor: ISABEL VEGA BELTRÁN, Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO (SANTANDER), Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se dijo:

“Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente⁴⁶ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

⁴⁶ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

Por tanto y en ese hilo argumentativo, en el presente caso, al tratarse de una persona pensionada que fue vencida en juicio, a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, respecto a la interpretación sobre los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar su pensión, que se presenta con posterioridad a la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, aunado a que las actuaciones adelantadas por la accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso, la Sala se abstendrá de imponer costas.

DECISIÓN

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: REVOCAR la sentencia adiada 20 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, se dispone: “**NEGAR** las pretensiones de la demanda”.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandante, conforme lo anotado.

⁴⁷ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 00153/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
(Ausente con permiso)

ANDRÉS MEDINA PINEDA