



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-002-2015-00068-01
DEMANDANTE:	NERYS MANUEL NÚÑEZ MERCADO
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - "UGPP"
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 30 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

El señor **NERYS MANUEL NÚÑEZ MERCADO**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)**, con el fin que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 34926 del 21 de junio de 2006, mediante la cual, se reconoció una pensión de vejez a favor del actor; y se declare la nulidad

¹ Folio 2 del cuaderno de primera instancia.

absoluta del acto ficto o presunto mediante el cual, no se dio respuesta al derecho de petición de reliquidación pensional.

A título de restablecimiento del derecho, pide el demandante que se ordene a la UGPP, le reliquide su pensión desde el 1º de octubre de 2005 hasta la fecha en que se dicte sentencia, incrementándole el valor de la mesada pensional inicial a la suma de \$1.464.136,58, como consecuencia de la aplicación de nuevos factores salariales como bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, recargo nocturno, horas extras, domingos y feriados, prima de transporte, prima de antigüedad y prima semestral, percibidos durante el último año de servicio, además de la asignación básica mensual.

De igual forma, solicita el actor el pago del retroactivo pensional generado por dicha reliquidación, a partir del 1º de octubre de 2005 hasta cuando se efectuó la inclusión en nómina de pensionados del nuevo valor de la mesada pensional, con los incrementos anuales de ley.

Así mismo, pide el demandante que se indexe el valor de las mesadas, primas y demás emolumentos adeudados hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del retroactivo, que resulte de la reliquidación efectuada.

También pretende el reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1.2.- Hechos²:

El señor Nerys Manuel Núñez Mercado, nació el día 18 de agosto de 1944 y prestó sus servicios personales al sector público, cotizando al ISS un total de 12.322 días, equivalentes a 1.760,20 semanas.

² Folios 3 - 7 del cuaderno de primera instancia.

El último cargo desempeñado por el señor Núñez Mercado fue de Auxiliar de Servicios de Salud, devengando como último sueldo la suma de \$997.153.00.

La Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL -, mediante Resolución No. 34926 del 21 de julio de 2006, reconoció a favor del accionante, pensión de jubilación. Para su liquidación, la entidad tuvo en cuenta la Ley 33 de 1985 y lo dispuesto sobre el IBL en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Mediante petición recibida por la entidad el 6 de abril de 2011, el actor solicitó la reliquidación de su pensión, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda hubiese recibido respuesta.

Manifiesta el demandante, que es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 – artículo 36, ya que al 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad y 15 años de servicios. Por tanto, tiene derecho a que se le aplique el régimen anterior al que se encontraba afiliado, esto es, el establecido en la Ley 33 de 1985.

En ese sentido, indica que para determinar el salario base de liquidación de su pensión, deben tomarse como factores salariales los devengados en el último año de servicio, esto es, además de la asignación básica, debe incluirse la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y viáticos.

Como soporte jurídico de sus pretensiones, alega como violadas las siguientes normas³: artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 3 inciso 2º y 3º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 45 del Decreto 1045 del 7 de junio de 1978.

En el **concepto de violación**⁴, aduce, que la entidad demandada al establecer el salario base de su liquidación pensional, tomó como factor salarial la asignación básica de los 10 últimos años de servicios, en aplicación

³ Folio 7 del cuaderno de primera instancia

⁴ Folio 7 y ss del cuaderno de primera instancia

de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dejando de aplicar íntegramente lo devengado en el último año de servicio por asignación básica y demás factores salariales, conforme lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Afirma, que la negativa de la entidad para no incluir en su liquidación pensional todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, choca con la posición del Honorable Consejo de Estado⁵; jurisprudencia conforme a la cual, tiene derecho a que se le reliquide su prestación económica teniendo en cuenta las disposiciones anteriores vigentes a la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 33 de 1985, Decreto 1045 de 1978.

1.3.- Contestación de la demanda⁶.

La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”, se opuso a las pretensiones de la demanda, pues, de acuerdo al régimen de transición aplicable al actor, la prestación reconocida en aplicación del mismo, le fue calculada conforme la edad, tiempo de servicio y monto contemplado en la Ley 33 de 1985, con un monto del 75% del ingreso base de liquidación, conforme lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores contemplados de forma taxativa en el Decreto 1158 de 1994, normatividad que le era aplicable por haberse pensionado en vigencia de la Ley 100.

También se opuso a la declaratoria de nulidad de acto ficto presunto alguno, ya que no se configuró acto de tal naturaleza, ya que el derecho de petición presentado por el actor fue resuelto mediante Resolución No. UGM 037214 del 8 de marzo de 2012.

⁵ Sentencia del 13 de marzo de 2003. Radicación No. 68001-23-15-000-1998-0420-01(1746-02). Actor: Fabio Meléndez, Demandado: Caja Nacional de Previsión social.

⁶ Folios 84 - 104 del cuaderno de primera instancia.

Propuso como excepciones de mérito las siguientes: i) indebida interpretación de la norma, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición; ii) inexistencia de la obligación; iii) legalidad de los actos administrativos demandados; iv) improcedencia de intereses moratorios sobre condenas de reliquidación pensional; v) prescripción trienal; y vi) buena fe.

1.4. Sentencia impugnada⁷.

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de noviembre 30 de 2017, declara la nulidad parcial de la Resolución No. 34926 del 21 de julio de 2006; y en consecuencia, condena a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - "UGPP", a reliquidar la pensión reconocida al señor NERYS MANUEL NÚÑEZ MERCADO, incluyendo en su cálculo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, como son: bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, con la salvedad que si sobre dichos factores no se han hecho aportes, la entidad podrá compensarlos, cuando realice el pago de las respectivas mesadas.

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

Y declara la prescripción trienal de las medadas a reajustar, causadas con anterioridad al 17 de abril de 2012.

Como fundamento de su decisión, el A-quo señala, que es claro que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que permite aplicarle en su integridad el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985, atendiendo a la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, sobre el tema.

⁷ Folios 160 - 167 del cuaderno de primera instancia.

De igual forma, anota, que si bien el demandante ostentaba la calidad de empleado territorial, le asistía el derecho a que las acreencias de prima de servicio y bonificación por servicios prestados, le sean tenidas en cuenta para efectos de liquidar su pensión de jubilación, ya que se vinculó desde el 9 de julio de 1971 a DASSALUD – Sucre, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990.

Destaca que la posición de esta jurisdicción y de su órgano de cierre sobre la materia, es la de aplicar todos los elementos del régimen anterior, es decir que para liquidar las pensiones de jubilación reconocidas bajo dicha normatividad, se deben tener en cuenta todos los factores de salario devengados por el trabajador durante el último año de servicio en que alcanzó el status de pensionado.

Por lo tanto, indica que comparte las razones expuestas por este Tribunal, apartándose de la tesis adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia SU - 230/2015, al considerarse que la misma posee una clara aplicación restrictiva.

1.5.- El recurso⁸.

La entidad demandada - **Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - “UGPP”**, apela la decisión de primera instancia, con el fin de que la misma sea revocada.

Manifiesta, que el actor al ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, le resulta aplicable la Ley 33 de 1985, pero solo en lo que respecta a la edad, el tiempo de servicio y el monto de pensión.

Arguye, que del inciso 2º del artículo 36 de la ley 100, se puede colegir las prerrogativas que se salvaguardaron del régimen anterior para los beneficiarios del régimen de transición, dentro de las cuales no se encuentra lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación.

⁸ Folios 175 – 183 del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, trajo a colación los criterios jurisprudenciales en cuanto a la interpretación del régimen de transición, en los que dice, se dispone que el IBL no es un elemento que se haya salvaguardado para los beneficiarios de la transición, por lo cual el cálculo de los mismos debe hacerse según las disposiciones normativas contempladas en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan, que para el presente caso es el Decreto 1158 de 1994, el cual señala expresamente cuáles son los factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de calcular el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición; por lo cual, ordenar que se incluyan o se tengan en cuenta factores que se encuentren por fuera de la lista taxativa de este decreto, se hace desajustado a derecho, además de contrariar lo dispuesto por la Corte Constitucional.

Por otro lado, considera que no es viable la condena en costas y agencias en derecho, ya que las mismas carecen de supuestos fácticos, por lo cual solicita sean revocadas.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 23 de marzo de 2018⁹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2017.

- Posteriormente, a través de auto de 1º de junio de 2018¹⁰, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

- La parte demandante¹¹, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, alegando que la negativa de la UGPP de no incluir en su liquidación pensional todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, choca tajantemente con lo expuesto por el

⁹ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 8, del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 10 - 14 del cuaderno de segunda instancia.

Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación No. 68001-23-15-000-1998-0420-01 (1746-02).

- La parte demandada¹², alega en esta instancia procesal, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de apelación.
- El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, conceptúa que en el caso del actor puede aplicarse lo determinado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, proferida por el Consejo de Estado – Sección segunda, dentro del proceso radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), pues, el demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios prestados a DASSALUD, Sucre, en amparo de las Leyes 33 y 62 de 1985.

En cuanto a la condena en costas, indica que es posible que recaigan sobre el demandado vencido en juicio, pues, la posición de este Tribunal es que estas se imponen bajo un criterio objetivo.

Con base en lo anotado, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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

¹² Folios 16 - 19 del cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Tiene derecho el actor a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio?

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 1945¹³ y 65 de 1946¹⁴ 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

¹³ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo".

¹⁴ "Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras".

compañía¹⁵. 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, CAXDAC¹⁶. 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 1946¹⁷.

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.

¹⁵ 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."*

¹⁶ Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles)

¹⁷ *"Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales"*.

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 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 señalado¹⁸:

"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

¹⁸ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

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 2011¹⁹, 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.

¹⁹ 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.

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**²⁰, 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**²¹, 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**”²²–

²⁰ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²¹ M.P. Mauricio González Cuervo.

²² 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

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 tercero²³- 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**²⁴, 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

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”

²³ 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 (...)”.

²⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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 derecho²⁵ de quien se aprovecha de la interpretación de las

²⁵ 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

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”²⁶.

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”²⁷.

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

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”.

²⁶ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

²⁷ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

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”²⁸.

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 necesidad²⁹.

²⁸ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.4.

²⁹ 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.

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 2018³⁰, 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

³⁰ 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.

1989³¹. **Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

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

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

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

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

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se 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

³¹ 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 [...]”.

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

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomaren cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema".

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.

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 encuentra demostrado de conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente, los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. Mediante **Resolución No. 34926 del 21 de julio de 2006**³², la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL - le reconoció al señor NERYS MANUEL NÚÑEZ MERCADO, pensión de jubilación en cuantía de \$766.847.88, efectiva a partir del 1º de octubre de 2005. Dicha liquidación se efectuó con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sentencia 168 (sic) del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional, entre el 1º de octubre de 1995 y el 30 de septiembre de 2005.

Se tomaron como factores salariales, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

El disfrute de la pensión reconocida en dicha resolución, quedó condicionada a la demostración del retiro del servicio del petitionario.

- El señor Nerys Manuel Núñez Mercado, mediante petición enviada el 4 de abril de 2011³³, le solicitó a la entidad demandada la reliquidación de su pensión, conforme lo dispuesto en el artículo 3, inciso 2 y 3 de la Ley 33 de 1985, tomando como ingreso base de liquidación la asignación básica,

³² Folios 20 – 24, cuaderno de primera instancia.

³³ Folios 25 - 32, cuaderno de primera instancia.

prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimento, auxilio de transporte y viáticos.

- El demandante señala en su demanda, que la entidad no dio respuesta a la anterior petición, por lo que demandó el respectivo acto ficto; no obstante, la entidad expidió la Resolución UGM 0372014 de marzo 8 de 2012, reliquidando la pensión del actor, aplicando un 75% sobre un IBL conformado por el promedio de los salarios o rentas, sobre los cuales ha cotizado o aportado el interesado entre el 13 de mayo de 2004 y el 30 de diciembre de 2009, conforme el inciso 3 o 6 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Pese a lo anterior, en el trámite de la primera instancia se determinó excluir dicha resolución del litigio, pues, no fue debidamente notificada al demandante³⁴, decisión sobre la cual se dice no se formularon recursos.

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:

El señor NERYS MANUEL NÚÑEZ MERCADO, nació el 8 de noviembre de 1944³⁵ y prestó sus servicios en **DASSALUD de Sucre**, en el cargo de Auxiliar de Servicios de Salud, desde el 9 de julio de 1971 al 31 de diciembre de 2009, devengado además del sueldo básico mensual y la bonificación por servicios prestados, los siguientes factores salariales: **bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio de alimentación, subsidio de transporte y viáticos**³⁶.

³⁴ Ver acta de audiencia inicial – folios 138 – 144. CD de la audiencia.

³⁵ Según se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía. Folio 19, cuaderno de primera instancia.

³⁶ Archivo No. 21 de los antecedentes administrativos – folio 79, cuaderno de primera instancia.

Del anterior recuento probatorio, se demuestra, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el señor NERYS MANUEL NÚÑEZ MERCADO contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios, 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.

Así mismo, como quedó antes visto, al actor le fue reconocida una pensión, por haber cumplido status jurídico de pensionado el 18 de noviembre de 1999, fecha en la que cumplió los 55 años de edad.

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 a que los factores salariales a considerar, 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 1985³⁷, si se reclama la aplicación de la Ley 33 de 1985³⁸, 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

³⁷ **“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”.

³⁸ No pasa por alto la Sala, que en la demanda, el actor señala haber cotizado al ISS, lo que daría lugar a pensar en la posibilidad de otro régimen pensional (Acuerdo 049 de 1990); empero, la propuesta inserta en la demanda, conlleva a que el análisis respectivo se centre en lo que dice la presente decisión.

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;..."*

En virtud de lo anterior, 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 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 indicado³⁹. 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 los actos acusados, aplicó 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.

Aunado a lo anterior, tampoco se tiene certeza sobre qué factores hizo aportes o cotizaciones el demandante, a fin de establecer si alguno de ellos se dejó de incluir en el cálculo del IBL, distintos a los descritos en el Decreto 1158 de 1998, para luego sí, confrontar el resultado pretendido con aquel previamente alcanzado, a efectos de considerar la favorabilidad respectiva.

³⁹ 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.

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.

3. CONDENA 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 ponente⁴⁰ 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,

⁴⁰ 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.

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.

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 CGP⁴¹, 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 un pensionado que fue vencido 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 el accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso, la Sala se abstendrá de imponer costas.

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 30 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo 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".

⁴¹ «**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: [...]»

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

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. 0169/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA