



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, ocho (8) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-007-2016-00158-01
DEMANDANTE:	CIELO DE JESÚS BENÍTEZ BENÍTEZ
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 9 de febrero de 2018, 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 **CIELO DE JESÚS BENÍTEZ BENÍTEZ**, 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 de las Resoluciones Nos. GNR 321205 del 15 de septiembre de 2014, GNR 346629 del 3 de noviembre de 2015 y VPB 15259 del 6 de junio de 2016.

¹ Folio 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide la demandante que se ordene a COLPENSIONES, le reliquide su pensión, incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicio.

Así mismo, solicita la parte actora se ordene a COLPENSIONES, pagar los respectivos ajustes e indexación de las sumas adeudadas de la reliquidación, desde la fecha de su exigibilidad y hasta cuando el pago se verifique.

1.2.- Hechos²:

Manifiesta la demandante, señora Cielo de Jesús Benítez Benítez, que prestó sus servicios a las siguientes entidades:

- Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal, Sucre, en el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 1983 al 31 de diciembre de 1995, en el cargo de Auxiliar de Enfermería.
- Gobernación de Sucre, en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1996 al 31 de diciembre de 1998.
- E.S.E. de Ovejas, en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1999 al 8 de julio de 2014.

Señala la demandante, que la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", a través de la Resolución No. GNR-321205 del 15 de septiembre de 2014, le reconoce pensión de vejez, pero no le incluyó en su liquidación todos los factores salariales devengados por ella en el último año de servicio, anterior a la adquisición de status de pensionada.

Refiere, que mediante Resolución No. GNR-3466629 del 3 de noviembre de 2015, la entidad, la incluye en nómina de pensionados.

² Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

Aduce la accionante, que contra las anteriores resoluciones interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución No. VPB-15259 de fecha 6 de abril de 2016, decidiendo confirmarlas.

Arguye, la demandante que la entidad demandada al momento de reconocerle la pensión de vejez y al incluirla en nómina de pensionados, no le incluyó todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues, solamente le tuvo en cuenta la asignación básica, dejándole por fuera los siguientes factores: bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.

Como soporte jurídico de sus pretensiones, alegó como violadas las siguientes normas³: artículos 1, 2, 6, 23, 29 y 53 de la Constitución Política; artículos 138, 155, 156, 161 y 162 de la Ley 1437 de 2011; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978; Ley 4 de 1966; Decreto 1743 de 1966; Ley 6ª de 1945; Ley 100 de 1993; Sentencias de la Corte Constitucional SU-120 de 2003; C-862 de 2003, expediente D-6247; T-625 de 2004; Sentencia del Consejo de Estado de fecha 23 de marzo de 1989; 6 de septiembre de 1996 y 0836 de 2008, radicación No. 25000-2325-0002003-07987-01 (0826/2008), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En el **concepto de violación**⁴, aduce la accionante que la entidad accionada desconoce el régimen de transición que la cobija, vulnerando el principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa.

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 algunos se admitían, y otros no le constaban.

³ Folio 4 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 4 - 10 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 59 - 65 del cuaderno de primera instancia.

Como argumentos de defensa señala, que a la demandante se le reconoció y aplicó la pensión de vejez, conforme a las normas legales y favorables aplicables al caso concreto, aplicándole las disposiciones de la Ley 33 de 1985 y realizando la liquidación en base a 1465 semanas, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%.

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 9 de febrero de 2018, declara no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

⁶ Folios 104 - 131 del cuaderno de primera instancia.

A su vez, declara la nulidad de los actos acusados y en consecuencia, condena a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), a reliquidar la pensión reconocida a la señora CIELO DE JESÚS BENÍTEZ BENÍTEZ, a partir del 1º de septiembre de 2015, con la inclusión en la base de liquidación de los siguientes elementos salariales devengados por ella en el último año de servicio, así: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicio prima de navidad y prima de vacaciones 1/12.

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

Niega las demás pretensiones de la demanda.

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 y más de 15 años de servicio, por tanto, al reunir los requisitos dispuestos en el artículo 36 de la citada normatividad, era beneficiaria del régimen de transición, es decir, el contenido en la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes.

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.

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).

1.5.- El recurso⁷.

La entidad demandada, apela la decisión de primer grado, a fin de que sea revocada, toda vez, que no está llamada a reconocer y pagar la reliquidación pensional, tal como lo pretende la demandante y fue ordenado en la sentencia, ya que en los actos administrativos demandados se respetó el régimen de transición en lo atinente con la edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto pensional. Indicando a su vez, que las pensiones concedidas bajo el régimen de transición, siempre han de liquidarse de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, señala, que los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por el régimen de transición, serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1933 y demás normas que lo desarrollen; sin que puedan tomarse otros aspectos contenidos en normas anteriores.

Sobre la forma de establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición, trajo a colación pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 20 de abril de 2018⁸, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 9 de febrero de 2018.

- Posteriormente, a través de auto de 25 de junio de 2018⁹, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión; sin embargo, las partes guardaron silencio y el Agente del Ministerio Público Delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

⁷ Folios 137 - 140 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 8, del cuaderno de segunda 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.

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?

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 1945¹⁰ y 65 de 1946¹¹ 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 compañía¹². 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, CAXDAC¹³. 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 1946¹⁴.

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

¹⁰ *"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo"*.

¹¹ *"Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras"*.

¹² 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."*

¹³ Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles)

¹⁴ *"Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales"*.

pensionales, mediante la creación de un sistema integral y general de pensiones, que permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, y genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, con los fines de aumentar su eficiencia ejecutiva y de ampliar su cobertura.

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

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

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

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

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les 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 señalado¹⁵:

"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

¹⁵ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

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

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

Sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición pensional, previsto en la Ley 100 de 1993, que hayan laborado en una entidad estatal afiliada al I.S.S., se cita la sentencia fechada 6 de octubre de 2011¹⁶, 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.

¹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”. Rad.: 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). Actor: Raúl Antonio Ospino Vizcaíno, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

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

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

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

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

Anotándose, que tal principio de favorabilidad, a su vez, implica considerar el quantum pensional, a efectos de no vulnerar la condición más favorable del trabajador, siempre y cuando, claro está, se hayan probado los factores salariales que harían la diferencia.

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

Anteriormente, la sub regla de orden jurisprudencial, que había hecho carrera, era que todos aquellos factores o conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, debían ser

considerados al momento de calcular el Ingreso Base de Liquidación (IBL), ya que respondían al criterio de que era el pago percibido por un trabajo, bajo el concepto de salario; excluyéndose así la taxatividad, que imperaba en ciertos fallos judiciales sobre el tema.

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

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

En relación con el **concepto de monto**, la Honorable Corte Constitucional ha identificado dos acepciones, una en el marco de los regímenes especiales y otra, como beneficio del régimen de transición. En efecto, la **Sentencia T-060 de 2016**¹⁷, 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**¹⁸, los incisos segundo y tercero del mencionado artículo 36, fijan las siguientes reglas en relación con el concepto de monto, aplicables para el

¹⁷ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁸ M.P. Mauricio González Cuervo.

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**”¹⁹- 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 tercero²⁰- 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**²¹, 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

¹⁹ Artículo 36, inciso 2º de la Ley 100 de 1993: “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”

²⁰ 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 (...)”.

²¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad".

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

"En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100- la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión "durante el último año" debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas".

En síntesis, en la **Sentencia C-258 de 2013**, se consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, **constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993**, en la medida que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva, de los regímenes a los que se encontraba afiliado el petionario, 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 derecho²² de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

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

Posteriormente la **Sentencia SU-230 de 2015** la Honorable Corte Constitucional señaló, que la Sentencia C-258 de 2013 no solo “fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4^ª de 1992”, sino que además, “estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 [de] la Ley 100”²³.

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

²² 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”.

²³ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

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”²⁴.

Concluyó entonces la Sala Plena de la Corte Constitucional en la **Sentencia SU-230 de 2015**, que “de esa forma, la Sala Plena [...] reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos”²⁵.

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

²⁴ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

²⁵ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.4.

régimen anterior, sino a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y aducen la necesidad²⁶.

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 2018²⁷, 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.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989²⁸. **Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

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

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

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

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

²⁸ 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 [...]”.

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

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

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

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. GNR 321205 del 15 de septiembre de 2014**²⁹, la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), – reconoció a favor de la señora CIELO DE JESÚS BENÍTEZ BENÍTEZ, una pensión de vejez, en cuantía de \$959.250, liquidación que se efectuó teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, incluyendo como ingreso base de cotización los factores salariales establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, para obtener el ingreso base de liquidación.

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

- La anterior resolución fue recurrida, siendo confirmada por COLPENSIONES mediante **Resoluciones Nos. GNR 18239 del 28 de enero de 2015**³⁰ y **VPB 46372 del 29 de mayo de 2015**³¹.

-. Mediante **Resolución No. GNR 346629 del 3 de noviembre de 2015**³², la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), – decidió incluir

²⁹ Archivo GRF-AAT-RP-2014_8204835-20141001111311 de los antecedentes administrativos. Folio 16 - 18, cuaderno de primera instancia.

³⁰ Archivo GRF-AAT-RP-2015_1277054-20150213033228 de los antecedentes administrativos.

³¹ Archivo GRF-AAT-RP-2015_5047724-20150604030535 de los antecedentes administrativos.

³² Archivo GRF-AAT-RP-2015_10700261-20151106122554 de los antecedentes administrativos. Folio 20 - 24, cuaderno de primera instancia.

en nómina la pensión de vejez de la señora Cielo de Jesús Benítez, con un valor de \$994.358.00.

-. Contra la anterior resolución se interpusieron los recursos de reposición y de apelación, pero fue confirmada por la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), mediante **Resoluciones Nos. GNR 8902 del 13 de enero de 2016³³ y VPB 15259 del 6 de abril de 2016³⁴.**

-. El 2 de mayo de 2016, la accionante, le solicita a COLPENSIONES le indexe la primera mesada pensional con el promedio de todos los factores salariales, devengados al momento en que adquirió su status de pensionada, en el último año de servicio o en el tiempo que le falta para su pensión; así como el reajuste con el IBL³⁵.

Dicha Petición fue resuelta negativamente, **mediante Resolución VPB 168578 del 10 de junio de 2016³⁶.**

La señora CIELO DE JESÚS BENÍTEZ BENÍTEZ, en sede judicial solicita la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 321205 del 15 de septiembre de 2014, GNR 346629 del 3 de noviembre de 2015 y VPB 15259 del 6 de junio de 2016; y consecuencialmente, pide a título de restablecimiento del derecho, se ordene a COLPENSIONES, le reliquide su pensión, incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicio.

El A-quo, ordena a COLPENSIONES, a reliquidar la pensión reconocida a la demandante, con inclusión de los elementos salariales devengados por ella en el último año de servicio, al ser beneficiaria del régimen de transición y atendiendo a la postura de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo sobre aplicación de este régimen.

³³ Archivo GRF-AAT-RP-2016_874761-20160129114618 de los antecedentes administrativos.

³⁴ Archivo GRF-AAT-RP-2016_3566652-20160412033230 de los antecedentes administrativos. Folios 26 - 29, cuaderno de primera instancia.

³⁵ Tal como se desprende de la resolución VPB 168578 del 10 de junio de 2016.

³⁶ Archivo GRF-AAT-RP-2016_6556048-20160615044626 de los antecedentes administrativos.

Por su parte la entidad demandada, recurre la anterior decisión insistiendo en que los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por el régimen de transición serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollen; sin que puedan tomarse otros aspectos contenidos en normas anteriores.

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 CIELO DE JESÚS BENÍTEZ BENÍTEZ, nació el 3 de enero de 1957³⁷ y prestó sus servicios desde el 1º de diciembre de 1983, hasta el 31 de agosto de 2015, en diferentes periodos, en las siguientes entidades³⁸: Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal, Sucre; Gobernación de Sucre y la E.S.E. Centro de Salud de Ovejas, Sucre.

Su último año de servicios lo desempeñó en el Centro de Salud de Ovejas - Sucre, en el cargo de Auxiliar de Enfermería, desde el 8 de julio de 2013, hasta el 8 de julio de 2014, devengado en ese periodo, además del sueldo básico mensual y la bonificación por servicios prestados, los siguientes conceptos: **asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de servicio, prima de navidad, y prima de vacaciones 1/12**³⁹.

Del anterior recuento probatorio, se demuestra, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, la señora **CIELO DE JESÚS BENÍTEZ BENÍTEZ** 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.

³⁷ Según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía. Folio 30, cuaderno de primera instancia.

³⁸ Según se extrae de los actos demandados. Ver folio 20, cuaderno de primera instancia.

³⁹ Según certificado obrante a folio 20, cuaderno de primera instancia.

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 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 1985⁴⁰, 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;

⁴⁰ **"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".

- 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 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 indicado⁴¹. La anterior postura, indiscutiblemente conlleva a que las pretensiones de la demanda en los términos solicitados por la actora, deban ser despachadas desfavorablemente.

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; *máxime*, cuando en la Resolución VPB 168578 del 10 de junio de 2016⁴², se lee que la liquidación del acto de reconocimiento pensional se realizó con el promedio de los Ingresos Bases de Liquidación reportados por su empleador en la historia laboral.

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.

⁴¹ 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.

⁴² Archivo GRF-AAT-RP-2016_6556048-20160615044626 de los antecedentes administrativos.

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 ponente⁴³ 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.

⁴³ 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 CGP⁴⁴, 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 9 de febrero de 2018, 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.

⁴⁴ «**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. 0012/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA