



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

---

Sincelejo, veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

<b>RADICACIÓN:</b>	<b>70-001-33-33-001-2016-00167-01</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>PEDRO CLAVER MERCADO MERCADO</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE</b>
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 16 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

### 1. ANTECEDENTES:

#### 1.1 Pretensiones<sup>1</sup>:

El señor **PEDRO CLAVER MERCADO MERCADO**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el **MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE**, con el fin que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 29 de enero de 2016, mediante el cual, se niega la reliquidación de la pensión del demandante, con la inclusión de algunos factores salariales, tales como, prima de navidad y prima de vacaciones.

A título de restablecimiento del derecho, pide el reconocimiento y pago de la reliquidación de su pensión, a partir del día 31 de diciembre de 2013.

---

<sup>1</sup> Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

Así mismo pide el demandante, que las sumas que resulten a su favor, sean canceladas aplicándoles el reajuste monetario correspondiente y de conformidad con el índice de precios al consumidor o al por mayor, lo que resulte más alto.

## **1.2.- Hechos<sup>2</sup>:**

El señor Pedro Claver Mercado Mercado, adquirió su status pensional en el año 2003, siéndole reconocida la respectiva prestación mediante resolución del 31 de diciembre de 2003.

Mediante petición de fecha 7 de enero de 2016, el señor Pedro Claver Mercado, solicitó al Municipio de Corozal - Sucre, la reliquidación de su pensión, pues, en su liquidación no se tuvieron en cuenta algunos factores salariales, a saber: prima de navidad y prima de vacaciones.

El Municipio de Corozal, Sucre, mediante orden de pago No. 0605 del 11 de junio de 2002, reconoció y pagó a favor del actor las prestaciones sociales relativas a las cesantías definitivas, las cuales fueron reconocidas y liquidadas con los factores salariales de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos; factores salariales que a su vez, dice el demandante, debían ser incluidos al momento de reconocérsele la pensión de vejez.

Mediante acto administrativo de fecha 29 de enero de 2016, el Municipio de Corozal, Sucre, en respuesta a un derecho de petición formulado por el demandante, señaló que si bien el Decreto 1045 de 1978 establecía factores prestacionales para empleados públicos y trabajadores oficiales, no era menos cierto que solo serían de aplicación del orden nacional.

---

<sup>2</sup> Folios 7 - 8 del cuaderno de primera instancia.

### **1.3.- Contestación de la demanda<sup>3</sup>.**

El Municipio de Corozal, Sucre, por medio de apoderado judicial, contesta la demanda oponiéndose a sus pretensiones, por considerar que en la Resolución de fecha 31 de diciembre de 2003, se reajustó de tal manera el derecho pensional, que no alcanza a estar por debajo del salario mínimo legal mensual vigente para la época, donde se entiende incluidos, de manera tácita, todos los factores salariales que le asistían al trabajador, en consecuencia, al no haber derecho lesionado, no hay nada que reparar.

Propuso en su defensa, la siguiente excepción de mérito:

-. Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido: en razón a que la liquidación del actor se ajustó de tal forma, que no quedó por debajo del salario mínimo legal para la época del reconocimiento, teniendo en cuenta que fue muy por encima de su asignación básica de su último año de servicio.

Señala, que la liquidación de pensión del actor se hizo atendiendo al monto promedio mensual del 75%, conforme a la norma aplicable a su caso y con la inclusión, de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, entendiéndose que se le reconoció una cuantía muy superior a la arrojada en su liquidación.

### **1.4. Sentencia impugnada<sup>4</sup>.**

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia del 31 de agosto de 2016, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que si bien el demandante tendría derecho a la inclusión de ciertos factores salariales en la liquidación pensional, lo cierto era, que de hacerse tal inclusión, el valor resultante no sobrepasaría el valor de la mesada

---

<sup>3</sup> Folios 58 - 60 del cuaderno de primera instancia.

<sup>4</sup> Folios 118 - 124 del cuaderno de primera instancia.

equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, dispuesto en el acto de reconocimiento, en los términos de la Ley 71 de 1988.

### **1.5.- El recurso<sup>5</sup>.**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante formuló recurso de apelación. Como razones de inconformidad planteó:

*“En el presente asunto tenemos que el operador jurídico al momento de entrar a estudiar la situación fáctica del actor, sólo tuvo en cuenta el salario que devengó el actor para el año 2001, el cual fue la suma de \$286.000, sin tenerse en cuenta los factores salariales que devengó el actor como fueron el subsidio de transporte la suma de \$30.000, horas extras, dominicales y festivos la suma de \$63.621, prima de navidad la suma de \$332.000, y prima de vacaciones la suma de \$143.000, factores estos a los cuales se les debe aplicar una doceava parte para computárselo a la liquidación de la pensión de vejez reconocida...”*

*(...)*

*En virtud de lo anterior se deberá entrar a estudiar y realizar las operaciones matemáticas con cada uno de los factores salariales obrantes a folios 85 y 87, (horas extras, recargos nocturnos, festivos, y compensatorios del periodo comprendido entre el 1º de abril al 20 de noviembre de 2001) con lo cual nos va a arrojar una diferencia pensional a favor del actor”.*

### **1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.**

Mediante auto de 19 de julio de 2018<sup>6</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

Posteriormente, a través de providencia de 30 de agosto de 2018<sup>7</sup>, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, llamado al que no atendió ninguno de los extremos de la *litis*.

---

<sup>5</sup> Folios 131 - 133, del cuaderno de primera instancia.

<sup>6</sup> Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

<sup>7</sup> Folio 8, del cuaderno de segunda instancia.

El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

## **2.- CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia.**

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **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:

¿Es ajustado a derecho que se reliquide la pensión reconocida al accionante, con la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año en que adquirió el status de pensionado?

### **2.3.- Análisis de la Sala.**

#### **2.3.1.- 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**<sup>8</sup>, 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**<sup>9</sup>, 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:

---

<sup>8</sup> M.P. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>9</sup> M.P. Mauricio González Cuervo.

“... 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**<sup>10</sup>- 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 tercero**<sup>11</sup>- 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**<sup>12</sup>, 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

---

<sup>10</sup> 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”

<sup>11</sup> 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 (...)”.

<sup>12</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad”.*

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

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

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

Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un

abuso del derecho<sup>13</sup> 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<sup>ª</sup> 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*"<sup>14</sup>.

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*"<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> 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*".

<sup>14</sup> Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

<sup>15</sup> Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

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”<sup>16</sup>.

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 necesidad<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.4.

<sup>17</sup> 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

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 2018<sup>18</sup>, en la que fijó la **Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición**, así:

“92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

**“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.**

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el 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

---

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.

<sup>18</sup> 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.

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 1989<sup>19</sup>. **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 sea dicióna 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

---

<sup>19</sup> 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 [...]”.

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 sulibertad 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.

### **2.3.2.- Caso concreto.**

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

-. A través de Resolución No. 8039 del 31 de diciembre de 2003, el Municipio de Corozal, le reconoció al señor Pedro Claver Mercado Mercado, pensión de vejez, bajo los siguientes términos<sup>20</sup>:

**“CONSIDERANDO:**

(...)

*Que el peticionario adjuntó para la pensión los siguientes tiempos de servicios:*

*Empleador: Municipio de Corozal*

*Inicia: octubre 18 de 1979*

*Termina: Noviembre 21 de 2001*

*Total tiempo de servicio: Veintidós (22) años, un (1) mes y veintitrés (23) días.*

*Que, de acuerdo al certificado de Registro Civil de Nacimiento allegado al expediente, se pudo establecer que el señor Pedro Claver Mercado Mercado cuenta actualmente con cincuenta y cinco (55) años de edad.*

*Que el status de pensionado lo adquirió el peticionario durante la vigencia de la Ley 100 de 1993.*

*Que la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para adquirir el derecho a la pensión, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 de la Corte Constitucional.*

---

<sup>20</sup> Folios 102 - 104 del cuaderno de primera instancia.

-. Según certificado de fecha 28 de abril de 2015, suscrito por la Secretaría General Administrativa y de Gobierno del Municipio de Corozal, el señor Pedro Claver Mercado Mercado, en calidad de pensionado ha devengado lo siguiente<sup>21</sup>:

Año	Mesada	Porcentaje descontado por salud
2004	\$358.000	12%
2005	\$381.500	12%
2006	\$408.000	12%
2007	\$434.155	12.5%
2008	\$458.890	12.5%
2009	\$497.000	12%
2010	\$515.091	12%, de mayo a dic. 5%
2011	\$535.695	5%
2012	\$655.765	5%, de mayo a dic. 12%
2013	\$589.500	12%
2014	\$616.000	12%

-. Mediante certificados de fechas 22 de junio y 22 julio de 2015<sup>22</sup>, suscrito por la Secretaría General Administrativa y de Gobierno del Municipio de Corozal, Sucre, se hace constar que el señor Pedro Claver Mercado Mercado, prestó sus servicios a dicho municipio en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, posesionado el 18 de octubre de 1979, hasta el 21 de noviembre de 2001.

Devengó durante su último año de servicios -2001- un sueldo básico de \$286.000. Prima de navidad 2004: 358.000. Y como primera mesada pensional 2004, devengó la suma de \$358.000.oo.

-. Según certificado de 25 de abril de 2017<sup>23</sup>, suscrito por la Secretaría General Administrativa y de Gobierno del Municipio de Corozal, el señor Pedro Claver Mercado Mercado, devengó los siguientes conceptos:

*Que el último salario devengado fue de \$287.798.oo.*

<sup>21</sup> Folio 38 del cuaderno de primera instancia.

<sup>22</sup> Folios 39 y 40 del cuaderno de primera instancia.

<sup>23</sup> Folio 101 del cuaderno de primera instancia.

*Auxilio de transporte: \$30.000.00.*

*Que durante el tiempo laborado, se le reconoció las siguientes prestaciones sociales: dotaciones, horas extras dominicales y festivos, cesantías e intereses de cesantías, prima de navidad y vacaciones.*

En el mismo documento se señala, que según certificado expedido por el Gerente de la extinta Plaza de Mercado y el jefe Administrativo y Financiero en el año 2001, el señor Pedro Claver Mercado, entre el 1º de abril de 2000 y el 20 de noviembre de 2001, tuvo las siguientes prestaciones:

*Recargos nocturnos: 613 horas a razón de \$420 cada una, para un total de \$257.460.*

*Dominicales y festivo: 280 horas por valor de \$2.400 cada una, para un total de \$672.000.*

*Compensatorios: 35 horas por valor de \$9.593 cada una, para un total de \$335.755.*

-. Mediante petición de fecha 7 de enero de 2016<sup>24</sup>, el señor Pedro Claver Mercado, a través de apoderado judicial, le solicitó al Municipio de Corozal, Sucre, reliquidar su pensión de vejez, toda vez, que no le fueron incluidos los factores salariales por concepto de prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, tal como lo indica el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en concordancia con la Ley 100 de 1993 y la sentencia calendada 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>25</sup>.

-. La anterior solicitud, fue resuelta negativamente por el Alcalde del Municipio de Corozal, mediante oficio de fecha 29 de enero de 2016<sup>26</sup>, en razón a que los factores establecidos en el Decreto 1045 de 1978 eran de aplicación del orden nacional.

---

<sup>24</sup> Folios 29 – 33 del cuaderno de primera instancia.

<sup>25</sup> Expediente No. 0208-2007) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>26</sup> Folio 34 del cuaderno de primera instancia.

Ahora bien, como quiera que la controversia no radica en el reconocimiento pensional, en el análisis del IBL o la aplicación de algún régimen de transición, sino en establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida, es menester reiterar, como bien se deja sentado en apartes precedentes, que los factores que sirven de sustento a la liquidación de la mesada pensional, 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 1985<sup>27</sup>, si se reclama la aplicación de la Ley 33 de 1985, el que a la letra dice:

*“ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así:*

*"Base de Cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;...”*

La anterior postura, indiscutiblemente conlleva a que las pretensiones de la demanda encaminadas a la reliquidación pensional con la inclusión de los factores salariales de prima de navidad y prima de vacaciones, deban ser despachadas desfavorablemente, pues, como se advierte, no se encuentran en el listado taxativo de la norma citada.

---

<sup>27</sup> **“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”.

Ahora, frente a los demás emolumentos que se certifica devengó el señor Pedro Claver Mercado, debe señalarse, que los mismos no fueron solicitados en la demanda para efectos de la reliquidación pretendida, lo que permite excluir su análisis.

Lo antes considerado conlleva indefectiblemente, a que no prospere la solicitud presentada por el demandante de cara a la reliquidación pensional; debiéndose, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida, que negó las pretensiones de la demanda.

### **3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA**

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 ponente<sup>28</sup> 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*

---

<sup>28</sup> 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.

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.

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 CGP<sup>29</sup>, 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 la parte 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,

---

<sup>29</sup> «**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: [...]»

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia adiada 16 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas 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. 0066/2019

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**