



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

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

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2016-00230-01
DEMANDANTE: RODOLFO GONZÁLEZ ARRAZOLA
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 demandada, contra la sentencia adiada 7 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

El señor **RODOLFO GONZÁLEZ ARRAZOLA**, 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 308696 del 8 de octubre de 2015, mediante la cual, se reliquida la pensión de vejez a la demandante y VPB-76512 del 30 de diciembre de 2015, a través de la cual, se resolvió un recurso de apelación.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide el demandante que se ordene a COLPENSIONES le reliquide su pensión de vejez, teniendo en cuenta para su cálculo, todos los factores devengados en el último año de servicio y efectiva a partir del 1º de junio de 2011, aplicándose los respectivos reajustes de ley.

1.2.- Hechos²:

El señor RODOLFO GONZÁLEZ ARRAZOLA, prestó sus servicios laborales en los siguientes periodos:

-. Del 1º de enero de 1976 al 31 de enero de 2000, en el cargo de médico en el Hospital Universitario de Sincelejo.

-. Del 26 de agosto de 2008 al 30 de septiembre de 2011, como trabajador independiente

-. Del 1º de enero de 2010 al 30 de septiembre de 2011, como trabajador en la Clínica las Peñitas S.A.S.

La Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", mediante Resolución No. 009750 de 2011, reconoció a favor del señor RODOLFO GONZÁLEZ ARRAZOLA, pensión de jubilación.

El demandante solicitó a la entidad demandada, la reliquidación de su pensión, con la finalidad que se incluyeran todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

La anterior solicitud fue resuelta en forma favorable por COLPENSIONES, mediante Resolución No. GNR 308696 de fecha 8 de octubre de 2015, pero sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

² Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

Contra la anterior decisión, se interpuso recurso de apelación, pero fue confirmada mediante Resolución No. VPB-76512 del 30 de diciembre de 2015.

Sostiene el demandante, que la entidad demandada en el acto de reconocimiento pensional, no le incluyó todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, dejando por fuera la prima legal vacaciones.

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 el accionante, que la entidad accionada desconoce el régimen de transición que lo cobija, vulnerando el principio de favorabilidad y la condición más beneficiosa, la cual le permite que su pensión sea liquidada con un IBL que contenga todos los factores salariales devengados.

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.

³ Folio 4 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 71 - 75 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 91 - 96 del cuaderno de primera instancia.

Como argumentos de defensa señala, que al demandante se reliquidó la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, con un IBL de \$1.718.786.00, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 75%, para alcanzar una mesada pensional inicial en cuantía de \$1.288.689.00.

Indica, que la reliquidación se hizo con base en 1248 semanas y que para determinar el ingreso base de liquidación, se tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que *“para los que les faltare más de 10 años, el IBL será el calculado de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años o el de toda la vida si tuviere 1250 semanas o más cotizadas actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE...”*.

Que a partir de lo anterior, procedió a reliquidar la pensión del actor, la cual arrojó, para el año 2015, un valor de \$1.404.925.00.

Igualmente cita, que *“el ingreso base de liquidación no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecerse el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014... la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en 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”*.

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

1.4. Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 7 de febrero de 2018, proferida en audiencia inicial, declara la nulidad de los actos acusados y en consecuencia, condena a la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), a reliquidar la pensión reconocida al señor Rodolfo González Arrazola, a partir del 1º de agosto de 2012, en cuantía del 75% de la asignación más elevada, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio (2010 – 2011), esto es, además del factor de asignación básica mensual, se debe incluir valores por concepto de prima legal.

Ordena, que en caso de que no se hayan realizado los correspondientes aportes sobre los factores y porcentajes reconocidos como base de la pensión, la entidad demandada queda facultada para liquidar y descontar dichas sumas de los valores a pagar.

Así mismo ordena a COLPENSIONES, a pagar al demandante las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir entre los valores que le habían sido reconocidos y pagados y los que dejó de percibir.

Declara probada la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada, para las sumas de mesadas anteriores al 31 de julio de 2012.

Niega, las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, el A-quo señala, que el reconocimiento del régimen de transición consignado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lleva consigo la valoración de un IBL a las personas beneficiarias del mismo, propio del régimen, en este caso el de la Ley 71 de 1988 o pensión por aportes, pero aceptándose que en dicho IBL se deben tener en cuenta

⁶ Folios 129 reverso - 135 del cuaderno de primera instancia.

todos los factores devengados en el último año de servicio, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

Para llegar a tal conclusión, indica, que en el presente asunto, no está en discusión que el demandante sea beneficiario del régimen de transición, pues, al momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con 45 años de edad y acreditaba aportes al sector público y el sector privado, por lo que el reconocimiento pensional bajo la Ley 71 de 1988, realizado por la entidad no es discutible.

Advirtió, que en la liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores salariales percibidos por el trabajador periódicamente, como retribución a sus servicios, que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, para su determinación, es válido tener en cuenta todos aquellos que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

En ese sentido, afirma que el reconocimiento del derecho pensional del actor, solo tuvo en cuenta la asignación básica mensual, cuando para el último año de prestación de servicios 2010 – 2011, el actor devengaba una prima legal; por lo que se debe dar curso a la pretensión de inclusión de este factor salarial del IBL, para la liquidación de la mesada pensional.

1.5.- El recurso⁷.

La entidad demandada, apela la decisión de primer grado, a fin de que sea revocada, toda vez, que en los actos administrativos demandados se respetó el régimen de transición en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto pensional.

⁷ Folios 146 - 149 del cuaderno de primera instancia.

Sostiene, 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; disposición según la cual, se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo, si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Así mismo, señala, que el párrafo primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas 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.

Expone, que teniendo en cuenta las disposiciones anteriores y observando lo señalado en el párrafo transitorio No. 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, es claro, que si bien se dejó un margen para los beneficiarios del régimen de transición en las condiciones señaladas en aquel, no es menos cierto que textualmente se indica, que los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen, serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

Con base en lo anterior, aduce, que siempre se liquidaran las pensiones con fundamento en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que puedan tomarse otros aspectos contenidos en normas anteriores, más allá, de si se es o no beneficiario del régimen de transición.

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 15 de mayo de 2018⁸, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 7 de febrero de 2018.

- Posteriormente, a través de auto de 30 de julio de 2018⁹, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

- La parte demandante¹⁰, alega que conforme a las normas y jurisprudencia sobre el tema y acorde con el acervo probatorio obrante en el sub examine, es claro que el demandante es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985 (sic).

En tal sentido, sostiene que su pensión debe ser liquidada en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicio y que sirvieron de base para realizar los aportes.

- El Agente del Ministerio Público Delegado ante este Tribunal¹¹, solicita se conforme la sentencia de primera instancia, en razón a que es posible la reliquidación de la pensión por aportes del actor, considerando otros factores salariales devengados durante el último año de servicio, pues, existe normativa y jurisprudencia que lo permite, por lo que es predicable que al caso concreto se le aplique la posición reiterada del Consejo de Estado, de que el IBL sí hizo parte del régimen de transición y debe ser liquidado tal y como lo pretende el demandante.

⁸ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 8, del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 11 - 16 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 17 - 25 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 el demandante a la reliquidación de su pensión reconocida bajo el impero de la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de servicio?

¿Resulta relevante para el caso, considerar que el régimen pensional de la Ley 33 de 1985?

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1. El régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993.

Antes de la expedición de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, el Estado colombiano no contaba con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Para ilustrar, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a CAJANAL y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública, los docentes y los congresistas.

A su vez, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial según las Leyes 6 de 1945¹² y 65 de 1946¹³ 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 compañía¹⁴. 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, CAXDAC¹⁵. 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 1946¹⁶.

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

¹² "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo".

¹³ "Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras".

¹⁴ 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."

¹⁵ Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles)

¹⁶ "Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales".

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado¹⁷:

“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.

¹⁷ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

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

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

Ahora bien, se ha reconocido que en virtud del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, un empleado puede escoger el mejor régimen que lo cobije (favorabilidad), pero siempre y cuando reúna los requisitos propios de cada uno de ellos, lo cual, permite aplicar, aun en vigencia de la Ley 100, aspectos de los regímenes anteriores, tales como la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, más no, la manera como se calcula el IBL, conforme la interpretación que adelante se hace.

Tales previsiones no escapan a la denominada pensión por aportes contenida en la Ley 71 de 1988, pues, se trata de un régimen pensional anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, en donde, si bien el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, estableció que el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación por aportes del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, era "el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley... Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente", bien se puede estimar que el IBL de estas pensiones concedidas en virtud de transición, de todas maneras deben seguir las mismas reglas de las demás prestaciones amparadas por ese beneficio, esto es, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el 21 ibídem según el caso. Eso en

razón a que un decreto reglamentario, no podría modificar lo previsto en la ley de seguridad social, que reguló el tema.

Es de advertir que el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 fue expresamente derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 y éste último a su vez, declarado parcialmente nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 15 de mayo de 2014, expediente 00620-00, *“solamente en la parte que derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia”*, lo cual no afecta la argumentación que se viene haciendo, pues, la razón sigue siendo la misma.

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**¹⁸, 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**¹⁹, los incisos segundo y tercero del mencionado artículo 36, fijan las siguientes reglas en relación con el concepto de monto, aplicables para el reconocimiento de las pensiones que se pretendan causar en virtud del régimen de transición:

“... de: (i) liquidar la pensión con base en el tiempo restante o (ii) con el promedio de toda la vida laboral si fuere “**Inciso segundo**²⁰- 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 tercero²¹- regula la forma de promediar el ingreso base de liquidación de aquellos beneficiarios del régimen de transición que

¹⁸ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁹ M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁰ Artículo 36, inciso 2° de la Ley 100 de 1993: “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”

²¹ Artículo 36, inciso 3° 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 (...)”.

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**²², al estudiar la constitucionalidad de la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, fijó una interpretación clara de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición. En concreto, sostuvo:

“La Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad”.

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

²² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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 petitionario, 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 derecho²³ 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,

²³ 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".

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^[9] 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”²⁴.

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”²⁵.

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”²⁶.

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

²⁴ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

²⁵ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

²⁶ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.4.

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 necesidad²⁷.

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 2018²⁸, 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

²⁷ 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.

²⁸ 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.

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 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 1989²⁹. **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.

²⁹ 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 [...]”.

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 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. 009750 de 2011**³⁰, el Instituto de Seguros Sociales - ISS, reconoció a favor del señor Rodolfo González Arrazola, una pensión por

³⁰ Folios 31 - 34, cuaderno de primera instancia.

aportes, a partir del 1º de junio de 2011, en cuantía de \$1.088.997.00, liquidación que se basó en 1100 semanas cotizadas, con un ingreso base de liquidación de \$1.379.786.00, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% de conformidad con la Ley 71 de 1988.

-. Mediante **Resolución No. GNR 308696 de fecha 8 de octubre de 2015**³¹, la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", – reliquidó la pensión de vejez del señor Rodolfo González Arrazola, bajo los parámetros de la Ley 71 de 1978, con un IBL calculado con base en los últimos 10 años de servicio, en cuantía de \$1.718.252.00, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, quedando en \$1.288.689.00.

-. El señor González Arrazola, presentó recurso de apelación, con el fin de que se revocara la anterior resolución y en consecuencia, se procediera a reliquidar su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, con el promedio del 75%³².

- La decisión recurrida fue modificada por COLPENSIONES mediante **Resolución No. VPB 76512 del 30 de diciembre de 2015**³³, en la cual dispuso reliquidar la pensión de vejez del señor Rodolfo González Arrazola, con una mesada pensional para el año 2015 por valor de \$1.404.925.00.

En dicho acto, se expresó que se daba aplicación por favorabilidad a la Ley 71 de 1988. También se indicó, que para obtener el ingreso base de liquidación de la prestación, se tuvo en cuenta los últimos diez (10) años de cotización y los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Así mismo, se señaló que no era posible el reconocimiento de la prestación de vejez, teniendo en cuenta factores diferentes a los consignados en dicho decreto. Que además, era improcedente reconocer la prestación bajo lo normado en la Ley 33 de 1985, toda vez, que por favorabilidad, le resultaba

³¹ Folios 36 - 45, cuaderno de primera instancia.

³² Folios 46 - 52, cuaderno de primera instancia.

³³ Folios 56 - 60, cuaderno de primera instancia

una mayor suma pensional al peticionario, con la aplicación de la Ley 71 de 1988.

-. El señor Rodolfo González Arrazola, en sede judicial solicita la nulidad de las Resoluciones Nos. GNR 308696 del 8 de octubre de 2015, y VPB-76512 del 30 de diciembre de 2015; y consecuentemente, 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 al demandante, con inclusión de los elementos salariales devengados por él en el último año de servicio, al ser beneficiario del régimen de transición y atendiendo a la postura de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo sobre aplicación de este régimen.

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 1933 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:

El señor Rodolfo González Arrazola, nació el 28 de noviembre de 1949³⁴ y prestó sus servicios al Hospital Universitario de Sincelejo, luego de forma independiente y finalmente, como trabajador de la Clínica las Peñitas S.A.S.,

³⁴ Según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía. Folio 14, cuaderno de primera instancia.

acumulando un tiempo de 8.861 días laborados, correspondientes a 1.265 semanas³⁵.

Su último año de servicios lo desempeñó en la Clínica las Peñitas S.A.S., como Médico Especialista en Endocrinología, desde el 30 de septiembre de 2010, hasta el 30 de septiembre de 2011³⁶, devengado en ese periodo, además del sueldo básico mensual, el siguiente concepto: **prima legal**³⁷.

Del acervo probatorio, se demuestra, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el señor Rodolfo González Arrazola contaba con más de 40 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 71 de 1988**³⁸ (**pensión por aporte**) por vía de transición, tal como lo hizo la entidad demandada y en virtud de favorabilidad, una vez comparado dicho régimen con la aplicación de aquel contenido en la Ley 33 de 1985³⁹.

Ahora, se evidencia que la entidad demandada, para liquidar la mesada pensional, acudió a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto al Ingreso Base de Liquidación y al Decreto 1158 del 3 de junio de 1994, respecto de los factores salariales a tener en cuenta, lo cual, a tenor

³⁵ Según se extrae de la Resolución VPB 76512 de 2015.

³⁶ Según se extrae de la certificación obrante a folio 15, cuaderno de primera instancia.

³⁷ Según certificado obrante a folios 10 – 18, cuaderno de primera instancia.

³⁸ *Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*", que en su artículo 7, consagró el derecho a la pensión de jubilación por aportes en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 7o. Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

³⁹ Se le aclara al accionante, que en el concepto de violación señalado en la demanda se indica que el régimen de transición que lo cobija y del cual es beneficiario es el dispuesto en la Ley 71 de 1988. En tal sentido lo entendió el A-quo y así fue resuelto su caso en primera instancia; por lo tanto, no es de recibo que alegue en segunda instancia la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985, máxime, cuando no cuestionó el fallo proferido por el juez, ni tampoco demostró la favorabilidad de este régimen frente al aplicado por la entidad.

de lo explicado aparece como adecuado al ordenamiento legal, pues, la liquidación del IBL se efectúa teniendo en cuenta plenamente el contenido de la Ley 100 de 1993.

A parte de lo anterior, la liquidación efectuada, debe entenderse debidamente realizada, pues, no se ha demostrado que haya sido mal efectuada por la entidad o que no haya acogido, estrictamente, las reglas propias de la pensión que reconoce.

Al efecto, en el acto administrativo demandado se consigna textualmente, la manera como se determinó el Ingreso Base de Liquidación, al señalar:

“... Que para determinar el Ingreso Base de Liquidación se tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con la circular 588 del 26 de febrero de 2004, de la Dirección Jurídica Nacional donde se establece: “... Para los que les faltare más de 10 años, el IBL será calculado de conformidad con lo establecido en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio devengado durante los últimos 10 años o el de toda la vida si tuviere 1250 semanas o más cotizadas actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificado que expida el DANE”

Lo cual resulta conteste con lo afirmado por la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, que señala:

- 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, dado que el régimen de transición, como se dijo, no conserva tal aspecto al tratarse de la manera como se calcula el IBL.

Se adiciona a lo dicho, que en el presente asunto, 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-76512 del 30 de diciembre de 2015, se lee que la reliquidación del derecho pensional se realizó con el promedio de los Ingresos Bases de Liquidación reportados en la historia laboral, como tampoco que las cuentas estuviesen mal efectuadas.

Si quiere reiterar la Sala, que en virtud de la novísima posición de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, es necesario que impere el principio de congruencia entre lo reclamado a la administración, la demanda, la fijación del litigio y la sentencia, pues, si bien es cierto en materia laboral se puede ampliar el espectro considerativo de las sentencias, el demandante debe fijar con precisión lo buscado, pues, si como en el caso presente, en la demanda se dijo pretender la reliquidación pensional mediante la aplicación plena de la Ley 71 de 1988, art. 7, no se puede, en etapas posteriores y sin que el litigio se haya fijado en tal sentido, buscar que se aplique otro régimen pensional distinto, pues, se vulnera el derecho de contradicción de la entidad demandada y el principio de congruencia a que se ha hecho referencia.

Nótese además, que si en gracia de discusión se analizase la favorabilidad del régimen pensional de la Ley 33 de 1985 frente al régimen de la Ley 71 de 1988, la misma demanda debía empezar por indicar y demostrar, en qué se equivoca la entidad demandada, cuando haciendo un ejercicio de favorabilidad le resultó como conclusión que era más favorable aplicar la Ley 71 de 1988, sin que se pueda afirmar que la ausencia de un factor salarial que se alega como no tenido en cuenta, tenga la virtud de alterar tales consideraciones, pues, finalmente el monto pensional resulta afectado es por la aplicación del régimen y no por la presencia o no de un factor salarial.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye, que la decisión de primera instancia, que ordenó la reliquidación pensional, debe ser revocada,

conforme lo antes expuesto; procediéndose en su lugar, a negar las pretensiones de la demanda.

3. CONDENA EN COSTAS.

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

“Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente⁴⁰ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

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

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

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

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, 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).

⁴⁰ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

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

f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

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

Por tanto y en ese hilo argumentativo, en el presente caso, al tratarse de 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.

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 7 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. En consecuencia, se dispone: “**NEGAR** las pretensiones de la demanda”.

⁴¹ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

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

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0027/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA