



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiuno (21) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-001-2017-00122-01
DEMANDANTE:	ITALO JOSÉ OTERO DÍAZ
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 las partes contra la sentencia adiada 30 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

El señor **ITALO JOSÉ OTERO DÍAZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, con el fin que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. GRN 339772 del 29 de octubre de 2015, por medio de la cual, se reliquidó la pensión de jubilación; la nulidad de la Resolución No. GNR 44827 del 11 de febrero de 2016, por medio de la cual, se confirmó la anterior decisión; y la nulidad parcial de la Resolución No. VPB 19629 del 28 de abril de 2016, por medio de la cual, se resolvió un recurso de apelación y se

¹ Folios 59 – 61 del cuaderno de primera instancia.

reliquidó la pensión de jubilación, pero se desconoció los factores salariales correspondientes al régimen especial de la Rama Jurisdiccional.

A título de restablecimiento del derecho, pide el demandante que se ordene a COLPENSIONES le reconozca y pague su pensión de jubilación en cuantía de \$1.946.142,50, efectiva a partir del 1º de abril de 2007, fecha de retiro del servicio, conforme al régimen especial de la Rama Jurisdiccional; así mismo, proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988.

Igualmente, solicita el accionante se condene a COLPENSIONES a pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75%, de la totalidad de los factores de salario devengados, en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, con las asignaciones mensuales más elevadas, conforme al régimen especial aplicable a los empleados de la Rama Jurisdiccional, según el Decreto 546 de 1971 y las demás normas concordantes.

También solicita se ordene a la entidad demandada, le liquide y pague las diferencias causadas por el reajuste pensional, desde la fecha de retiro del servicio hasta su inclusión en nómina.

1.2.- Hechos²:

El señor ITALO JOSÉ OTERO DÍAZ, prestó sus servicios a la Fiscalía General de la Nación como Asistente de Fiscal IV, por más de veinte (20) años, esto es, desde 1975 a 2007; y en virtud de ello, el Instituto de Seguro Social, mediante Resolución No. 7414 del 31 de julio de 2006, le reconoció y pagó una pensión mensual vitalicia de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985 y Ley 100 de 1993, la cual, a su vez, fue reliquidada a través de la Resolución No. 4124 del 25 de abril de 2007, en cuantía de \$1.594.620.00, efectiva a partir del 1º de abril de 2007.

² Folios 61 - 63 del cuaderno de primera instancia.

Mediante petición de fecha 10 de agosto de 2015, el señor Otero Díaz le solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", la revisión de la pensión para que se tuviera en cuenta, todos los factores salariales y se liquidara la pensión conforme el régimen especial de la Rama Jurisdiccional, consagrado en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978.

COLPENSIONES mediante Resolución No. GNR 339772 del 29 de octubre de 2015, reliquidó la pensión conforme la Ley 33 de 1985, en cuantía de \$1.987.311.00, a partir del 10 de agosto de 2012, por prescripción.

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación, con el fin de que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales, de conformidad con el régimen especial de la Rama Jurisdiccional.

La entidad demandada mediante Resolución No. GNR 44827 del 11 de febrero de 2016, confirmó la Resolución No. GNR 339772 del 29 de octubre de 2015.

Posteriormente, la entidad mediante Resolución No. VPB19629 del 28 de abril de 2016, reliquidó, nuevamente, la pensión conforme a la Ley 33 de 1985, en cuantía de 1.835.436 a partir del 3 de septiembre de 2009, por prescripción.

Manifestó el accionante, que los últimos servicios prestados fueron a la Fiscalía General de la Nación – Dirección Seccional de Fiscalía de Sincelejo y que durante el último año, inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio, devengó los siguientes factores salariales: *asignación básica, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios, prima de servicios y prima de productividad.*

Como soporte jurídico de sus pretensiones, alegó como violadas las siguientes normas³: artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política; artículo 10 del Código Civil; Ley 57 de 1987; Decreto 546 de 1971; Decreto 717 de

³ Folio 63 del cuaderno de primera instancia.

1978; Decreto Reglamentario 2567, 1160 y 14730 de 1982, artículo 5; artículo 178 del Decreto 01 de 1984; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; artículo 36, inciso 2º de la Ley 100 de 1993.

En el **concepto de violación**⁴, adujo el accionante, que los actos demandados violaban las normas citadas, toda vez, que desestimaron todos los factores salariales devengados por él y solo tuvo en cuenta, los enumerados taxativamente por normas que no le resultaban aplicables.

Expuso, que la pensión de jubilación de los empleados de la Rama Jurisdiccional estaba enmarcada dentro de un régimen especial de pensiones; sin embargo, la entidad demandada, en los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación de la prestación, no había reconocido el derecho al régimen especial que le asistía.

Insistió en que no le era aplicable la Ley 100 de 1993, ni los Decretos 691 de 1994 y 1158 de 1994, sino los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, liquidándose su pensión con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio.

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 que las permita hacer procedentes. Frente a los hechos indicó, que algunos se admitían y otros, eran solo un concepto personal de la parte actora.

Como argumentos de defensa señaló, que reliquidó la prestación del demandante, aplicando la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993 - artículo 21; norma ésta última, que indicaba que el ingreso base para liquidar las pensiones era el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales había

⁴ Folios 63 - 72 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 88 - 93 del cuaderno de primera instancia.

cotizado el afiliado durante los 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 expedida por el DANE.

Y anotó: *“En este aspecto, cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá este sistema (sic) siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo”. /.../ Ello es así, pues se debe resaltar que la mencionada Resolución, fue concedida bajo los parámetros legales que regulan la materia, como es la Ley 100 de 1993, no existiendo motivo alguno para reliquidar la pensión en los términos de la Ley 33 de 1985”.*

De otro lado, señaló, respecto de las liquidaciones que se encontraban en transición, que la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-258 de 2013, fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no era un aspecto de la transición – el monto de la pensión se determinaba con la regla del régimen general.

Indicó, que de dicha sentencia se extraía que el monto de la pensión de jubilación no se debía entender como el valor de la pensión, sino que equivalía al porcentaje que se le debía aplicar al IBL y este a su vez, se establecía de conformidad con las reglas del sistema general de pensiones (Ley 100/93), es decir, con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos diez años (artículo 36) o en el tiempo que hacía falta para adquirir el derecho a la pensión si este fuera menor y no, teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1º de la Ley 33 de 1985).

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

1.4. Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 30 de mayo de 2018, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas e improcedencia para reliquidar la pensión de jubilación, formuladas por la parte demandada.

A su vez, declaró la nulidad de los actos acusados y en consecuencia, condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor ITALO JOSÉ OTERO DÍAZ, teniendo en cuenta el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio, con inclusión de todos los factores salariales devengados en tal lapso, esto es, *sueldo, prima de antigüedad, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de productividad, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y bonificación por servicios prestados.*

Así mismo, condenó a COLPENSIONES al pago del retroactivo de la diferencia que resulte a raíz de la reliquidación ordenada a favor del demandante, desde el 10 de agosto de 2012, previa deducción de los aportes de ley.

Declaró probada la excepción de prescripción trienal, de los mayores valores causados por la reliquidación pensional, comprendidos entre el 1º de abril de 2007 al 9 de agosto de 2012.

Como fundamento de su decisión, el A-quo señaló, que el actor laboró en los Juzgados de Instrucción criminal desde el 4 de febrero de 1975, hasta el

⁶ Folios 110 - 120 del cuaderno de primera instancia.

30 de junio de 1992 y desde el 1° de julio de 1992, hasta el 30 de marzo de 2007, cuando fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación, ocupando el cargo de asistente de Fiscal IV en la Dirección Seccional de Fiscalías de Sincelejo, cumpliendo con un total de tiempo de servicios de 32 años, 1 mes y 26 días. Y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1° de abril de 1994, contaba con 49 años de edad, lo que lo convertía en beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada ley.

En ese orden, consideró que al demandante se le debía reconocer la pensión de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971, es decir, con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último año de servicio, con inclusión de los factores aludidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 y el Decreto 911 de 1978.

De igual forma, indicó, que de acuerdo con la sentencia del 25 de febrero de 2016⁷ proferida por el Consejo de Estado, el monto de la pensión del actor, por encontrarse cobijado dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debía hacerse en los términos previstos por las disposiciones contenidas en el Decreto 546 de 1971, bajo los parámetros allí establecidos.

Respecto a los factores salariales, sostuvo, que los determinados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, debían ser tenidos en cuenta de manera enunciativa, porque al tenerse como taxativos, podría llegarse a excluir factores o elementos que por su naturaleza constituirían parte del salario; de modo que a fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, se debía entender que el Decreto 717 de 1978, solo enunciaba unos factores salariales, lo que no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Precisado lo anterior y luego de hacer un análisis comparativo de la pensión reconocida al actor conforme a la Ley 33 de 1985 y el artículo 21 de la Ley

⁷ Radicado No. 25000-2342-000-2013-01541-01. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

100 de 1993 y la que debió reconocérsele bajo el amparo del Decreto 546 de 1971, determinó, que la liquidación de la prestación conforme esta última normatividad, le era más favorable.

1.5.- Los recursos.

La parte demandante⁸, recurre la decisión de primer grado, toda vez, que en el numeral 3º de su parte resolutive se ordenó a la entidad accionada efectuar los descuentos por concepto de aportes no efectuados, pero no especificó el periodo de tiempo por el cual se debían calcular los mismos.

Argumentó, que conforme el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, el monto de la pensión sería el 75% del promedio devengado durante el último año de servicios, por ende, si se estaban ordenado incluir primas y auxilios, los descuentos serían lógicamente sobre dichos factores devengados en ese último año y no en toda la vida laboral, como se estaba ordenando en el fallo impugnado.

Igualmente, sostuvo que era inadmisibles la orden de descontar los aportes por todo el tiempo de servicios prestados por el trabajador, cuando no se estaba discutiendo el derecho al reconocimiento de la pensión, pues, éste ya se dio, sino que lo discutido era la base utilizada para el cálculo del valor de la mesada, que correspondía únicamente a lo devengado en el último año de servicios incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en este año.

En virtud de lo anterior, solicitó que se ordenara que los descuentos a que hubiere lugar, se calcularan sobre los factores ordenados y devengados en el último año de servicios.

Subsidiariamente, solicitó, que de no accederse a lo anterior, se tuviera en cuenta el fenómeno de la prescripción y se indicara en la providencia, que por principio de favorabilidad dichos descuentos no podían ser superiores a

⁸ Folios 127 - 131 del cuaderno de primera instancia.

los retroactivos generados como consecuencia de la reliquidación pensional.

La entidad demandada⁹, 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.

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.

Que cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá este sistema (sic) siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.

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 hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Expone, que teniendo en cuenta las disposiciones anteriores y observando lo señalado en el párrafo transitorio No. 4 del Acto Legislativo 01 de 2005,

⁹ Folios 132 - 140 del cuaderno de primera instancia.

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 25 de septiembre de 2018¹⁰, se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2018.

- Posteriormente, a través de auto de 6 de diciembre de 2018¹¹, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

- La **parte demandante**¹², reiteró la tesis expuesta en la demanda, para sostener que tenía derecho a la reliquidación de su pensión, conforme a las leyes especiales que lo cobijaban por haber sido empleado de la Rama Jurisdiccional.

Así mismo, alegó que en su caso no era aplicable la Sentencia SU - 230 de 2015, la cual estudiaba la prestación de un trabajador oficial y extender sus

¹⁰ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folio 8, del cuaderno de segunda instancia.

¹² Folios 10 – 18 del cuaderno de segunda instancia.

efectos a los empleados públicos, resultaba una expresa violación a los derechos fundamentales y al orden jurídico, además que se estaría faltando al principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la norma para el trabajador.

Por otro lado, respecto a los descuentos por aportes para pensión, indicó, que debía tenerse en cuenta que en este caso no resultaba procedente ordenar descuentos para pensión por toda la relación laboral, pues, el artículo 817 del Estatuto Tributario estableció un término de prescripción de las obligaciones parafiscales.

Sostuvo, que si bien era cierto la pensión surgía como consecuencia del ahorro mediante los aportes efectuados durante toda la vida laboral, no lo era menos que si se incumplía la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, este prescribía.

Manifestó, que si en el hipotético caso que se decidiera realizar los mismos descuentos por toda la vida laboral, por principio de favorabilidad debería indicarse en la sentencia, que dichos descuentos no podían ser superiores a los retroactivos generados como consecuencia de la reliquidación pensional o en su defecto, en caso de no cubrirse la deuda con los retroactivos, se efectuaran una serie de descuentos mensuales hasta completar el capital adeudado, los cuales debían ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de la pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependían económicamente.

- El **Agente del Ministerio Público Delegado ante este Tribunal**¹³, señaló que la pensión del demandante debía ser atendida bajo los parámetros del Decreto 546 de 1971; y precisó, que la interpretación del Consejo de Estado contenida en la sentencia del 28 de agosto de 2018¹⁴, estaba ceñida a las

¹³ Folios 28 - 38 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁴ Expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. César Palomino Cortés.

personas que, encontrándose dentro del régimen de transición dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se les aplicaba la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento y liquidación de su prestación social; preceptiva, que no era de aplicación al caso concreto, por tanto, era claro que la nueva tesis del alto Tribunal solo abarcaba a las personas y supuestos indicados en la referida sentencia.

Así mismo, indicó, que del certificado de salarios aportado se extraía, que el accionante durante su último año de servicio - 30 de marzo de 2006 a 30 de marzo de 2007 -, devengó como factores salariales los siguientes: asignación básica, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios, prima de servicios y prima de productividad; emolumentos que debieron ser incluidos en el nuevo finiquito de pensión.

Siendo así, expuso, que los actos acusados no respetaron los parámetros legales y jurisprudenciales al respecto; por consiguiente, la entidad accionada estaba obligada a reliquidar la pensión de jubilación del demandante, para incluir en el IBL los factores salariales antes mencionados.

Respecto a la inconformidad del demandante, anotó, que era claro que por la necesidad de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, se hacía impostergable la deducción del valor de los aportes, que debieron realizarse sobre los factores salariales que la sentencia de primera instancia ordenó incluir en el IBL para la reliquidación de la prestación del demandante, por toda la vida laboral, pero haciendo la previsión del caso, en cuanto a que los mencionados descuentos debían ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión.

Finalmente, solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, con la adición antes sugerida.

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:

¿Tiene derecho la parte actora a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el régimen pensional contenido en el Decreto 546 de 1971?

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 1945¹⁵ y 65 de 1946¹⁶ 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 compañía¹⁷. 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, CAXDAC¹⁸. 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 1946¹⁹.

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

¹⁵ *"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo"*.

¹⁶ *"Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras"*.

¹⁷ 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."*

¹⁸ Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles)

¹⁹ *"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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos”.

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

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado²⁰:

“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.

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

Sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición pensional, previsto en la Ley 100 de 1993, que hayan laborado en una entidad estatal afiliada al I.S.S., se cita la sentencia fechada 6 de octubre de 2011²¹, proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se precisó:

"En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros

²¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "B". Rad.: 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). Actor: Raúl Antonio Ospino Vizcaíno, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

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

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

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

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

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

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

Una más es la que resulta aplicable a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, a quienes los gobernó un régimen especial de pensiones, el previsto en el Decreto 546 de 1971, "por el cual se establece el

régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público”, el cual en su artículo 6º, dispone:

“Art. 6º.- Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad si son hombres, y de 50 si son mujeres, y cumplir veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez (10) lo hayan sido exclusivamente en la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, en las actividades citadas...”

La especialidad del régimen se traduce, en que la pensión se liquida con el 75% de la asignación mensual más elevada, devengada en el último año de servicios, siempre y cuando el funcionario cumpla por lo menos diez (10) años de servicio en las citadas entidades.

Recordando, que en reiterados pronunciamientos el Honorable Consejo de Estado ha expresado, que el concepto asignación o salario para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial a quienes los cobijan las previsiones del Decreto Ley 546 de 1971, lo constituyen los factores consignados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978.

El mencionado decreto señala algunos factores de salario, no obstante, debe tenerse en cuenta que también consagra una regla general: además de la asignación mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado, como retribución de sus servicios.

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**²², 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**²³, los incisos segundo y tercero del mencionado artículo 36, fijan las siguientes reglas en relación con el concepto de monto, aplicables para el

²² M. P. Alejandro Linares Cantillo.

²³ M. P. Mauricio González Cuervo.

reconocimiento de las pensiones que se pretendan causar en virtud del régimen de transición:

*“... de: (i) liquidar la pensión con base en el tiempo restante o (ii) con el promedio de toda la vida laboral si fuere “**Inciso segundo**”²⁴- 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 tercero²⁵- 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**²⁶, 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

²⁴ 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”

²⁵ 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 (...)”.

²⁶ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

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

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

En síntesis, en la **Sentencia C-258 de 2013**, se consideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, **constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993**, en la medida que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva, de los regímenes a los que se encontraba afiliado el 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, siguiendo a la Corte Constitucional en la citada sentencia, 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 derecho²⁷ 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 en la **Sentencia SU-230 de 2015**, la Honorable Corte Constitucional señaló, que la Sentencia C-258 de 2013 no solo *“fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4^ª de 1992”*, sino que además, *“estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 [de] la Ley 100”²⁸*.

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*

²⁷ 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”*.

²⁸ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.2.

requisitos de aquellos pero sólo los relacionados a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, y no el ingreso base de liquidación –IBL”²⁹.

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”³⁰.

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

²⁹ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.3.2.

³⁰ Sentencia SU-230 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.6.4.

régimen anterior, sino a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y aducen la necesidad³¹.

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 2018³², en la que fijó la **Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición**, así:

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

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

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

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

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

³¹ 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.

³² Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación. C.P. César Palomino Cortés.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no 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 1989³³. **Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

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

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

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

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

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual sea dictona 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**

³³ 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 [...]”.

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:

-. El señor ITALO JOSÉ OTERO DÍAZ, nació el 10 de enero de 1945³⁴.

-. Mediante **Resolución No. 7414 del 31 de julio de 2006**³⁵, el Instituto de Seguros Sociales - ISS, reconoció a favor del señor ITALO JOSÉ OTERO DÍAZ, una pensión de jubilación, dejando en suspenso su ingreso a nómina hasta tanto se acreditara el retiro del servicio o la desafiliación del sistema.

-. Por medio de **Resolución No. 4124 del 25 de abril de 2007**³⁶, el Instituto de Seguros Sociales - ISS, modificó la anterior resolución, estableciendo como fecha de causación del derecho el 1º de abril de 2007, en cuantía de \$1.594.620.00.

Se indicó, *“Que para determinar el Ingreso Base de Liquidación se tuvo en cuenta el periodo comprendido entre el 17 de septiembre de 2.000 hasta el 29 de Enero de 2.007, conforme a lo señalado en el tercer párrafo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual señala que para los asegurados a los cuales se aplique el régimen de transición que les faltare menos de diez*

³⁴ Archivo GEN-ANX-CI-2014_10497335-20141217143003 de los antecedentes administrativos. folio 9910 del cuaderno de primera instancia.

³⁵ Folios 2 - 7, cuaderno de primera instancia.

³⁶ Folios 8 - 10, cuaderno de primera instancia.

(10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el de todo el tiempo, si este fuere superior, aclarando que los valores a considerarse para la liquidación se actualizan anualmente con base en el Índice de Precios al Consumidor.

-. El día 10 de agosto de 2015, el señor Ítalo José Díaz Otero, solicitó la reliquidación de su pensión; petición que fue resuelta por la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), a través de la **Resolución No. GNR 339772 del 29 de octubre de 2015**³⁷, por medio de la cual resolvió reliquidar la pensión en cuantía de \$1.987.311.00, a partir del 10 de agosto de 2012.

-. Contra la anterior resolución se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio de apelación. El primero de ellos fue resuelto mediante **Resolución No. GNR 44827 del 11 de febrero de 2016**³⁸, decidiéndose confirmar la decisión.

El recurso de apelación fue resuelto mediante **Resolución No. VPB19629 del 28 de abril de 2016**³⁹, en la cual, se decidió modificar la Resolución No. GNR 339772 del 29 de octubre de 2015. A su vez, decidió reliquidar la pensión del señor Ítalo José Otero Díaz, en cuantía de \$1.835.436.00, a partir del 3 de septiembre de 2009.

En dicho acto, se expresó que la reliquidación se realizaba conforme el artículo 21 de la ley 100 de 1993 y atendiendo a lo dispuesto en la Sentencia SU-230 de 2015 de la Honorable Corte Constitucional y la Circular 16 de 2015 de COLPENSIONES, en la medida que consideraba como Ingreso Base de Liquidación (IBL), el promedio del salario devengado durante los últimos 10 años.

³⁷ Folios 12 - 18, cuaderno de primera instancia.

³⁸ Folios 20 - 30, cuaderno de primera instancia.

³⁹ Folios 32 - 42, cuaderno de primera instancia.

-. El señor ITALO JOSÉ OTERO DÍAZ, en sede judicial solicita la nulidad parcial de la Resolución No. GRN 339772 del 29 de octubre de 2015, la nulidad total de la Resolución No. GNR 44827 del 11 de febrero de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución VPB 19629 del 28 de abril de 2016. Consecuencialmente, pide se ordene a COLPENSIONES, reliquide su pensión teniendo en cuenta el 75% de la totalidad de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio, con las asignación mensual más elevada, conforme al régimen especial aplicable a los empleados de la Rama Jurisdiccional, según el Decreto 546 de 1971 y las demás normas concordantes.

El A-quo, ordena a COLPENSIONES, a reliquidar la pensión reconocida al demandante, teniendo en cuenta el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio, con inclusión de todos los factores salariales devengados en tal lapso, esto es, *sueldo, prima de antigüedad, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de productividad, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y bonificación por servicios prestados*.

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.

Y a su vez, la parte demandante también lo hace, indicando la manera cómo deben efectuarse los descuentos respecto de los respectivos aportes pensionales.

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:

a. El art. 6 del Decreto 546 de 1971, textualmente señala:

“Artículo 6º. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales 10 hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Publico, o ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”.

Luego, para alcanzar la pensión bajo tal normativa, se requería alcanzar la edad de 55 años, en el caso de los hombres y cumplir 20 años de servicios, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto, de los cuales, 10 años, debían haber sido laborados exclusivamente para la Rama Jurisdiccional o el Ministerio Público.

b. Con la entrada en vigencia del art. 36 de la Ley 100 de 1993, quienes aún no habían alcanzado el estatus pensional, podían quedar cobijados bajo el régimen legal anterior, siempre y cuando hubiesen cumplido 40 años de edad, si se trata de hombres o 15 o más años de servicios cotizados. Al efecto, dicha norma dispuso:

“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”.

c. En el presente asunto, el señor ÍTALO JOSÉ OTERO DÍAZ alcanzó la edad de 55 años el día 10 de enero de 2000, si se tiene en cuenta que nació el 10 de enero de 1945 y que sus cuarenta (40) años, los cumplió el día 10 de enero de 1985.

Así mismo, que para el primero de abril de 1994, había prestado más de diecinueve (19) años de servicio a favor del Estado, pues, conforme certificación suscrita por el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación⁴⁰, el señor Ítalo José Otero Díaz laboró en los Juzgados de Instrucción Criminal, desde el 4 de febrero de 1975 hasta el 30 de junio de 1992. Y fue incorporado a la Fiscalía General de Nación, desde el 1º de julio de 1992 hasta el 30 de marzo de 2007, ocupando el cargo de Asistente de Fiscal IV de la Dirección Seccional de la Fiscalía de Sincelejo, Sucre.

Así las cosas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante superaba los 15 años de servicio, como los cuarenta años de edad, por lo tanto, se encuentra cobijado por el régimen de transición del art. 36 de la mentada normatividad.

d. Ubicado el demandante en el régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, es necesario establecer si en tal razón se le debe aplicar el contenido del Decreto 546 de 1971 para efectos de liquidación de su IBL, afirmándose desde ya, que tal cosa no es posible, pues, el estatus pensional, bajo dicha norma, solo se alcanza luego de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, lo que impide considerar la vigencia de un derecho adquirido y solamente podrá aplicarse el contenido del art. 36 de la mencionada Ley 100 para efectuar dicho cálculo, quedando conservado a favor del demandante, solamente lo relacionado con el tiempo de servicios, la edad y el monto de la pensión, sin sujeción a la manera de calcular el IBL.

Al efecto, en torno al régimen de transición previsto en la Ley de Seguridad Social, el legislador, en apreciación coincidente con lo señalado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación anunciada en el marco jurídico, respetó a sus beneficiarios solo 3 aspectos: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y (iii) el monto, que consignara la disposición anterior por aplicarles.

⁴⁰ Folio 46, cuaderno de primera instancia.

Ahora, frente a la discusión de lo que debe entenderse por **monto de la pensión**, se señala desde ya, que tal concepto, en rigor, contiene dos componentes: la tasa de reemplazo y la base de liquidación.

Al efecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estatuyó en forma expresa los cuatro elementos estructurales esenciales del derecho a la pensión de vejez, dos relacionados con el acceso a la prestación y dos, con la cuantificación del derecho económico. Así:

a) **De acceso a la prestación.** En tratándose de prestaciones por jubilación o vejez, se instituyen dos requisitos de acceso: la edad y el tiempo de servicios, si es por jubilación o las semanas de cotización, si es por vejez.

b) **Para la cuantificación del derecho económico.** Referente a la cuantificación del derecho económico, (contenido económico de la prestación), se establece en algunas ocasiones un parámetro y una variable y, en otras, dos variables, a decir, el monto de la pensión o tasa de reemplazo y la base de liquidación o expresado en términos técnicos actuales, el Ingreso Base de Liquidación – IBL.

Entonces, el monto, como parámetro, es simplemente un factor único establecido en la ley. Por ejemplo, en el caso de los servidores públicos en transición, la ley predetermina un monto del 75% para todos los casos de origen legal. A su vez, el monto como variable, implica la posibilidad de su integración a partir de otro dato conocido, como puede ser el número de semanas de cotización, a guisa de ilustración, el monto variable de las pensiones del antiguo Instituto de Seguros Sociales, donde se fija un monto mínimo de pensión del 45% y se aumenta a razón del 3% por cada cincuenta semanas de cotización, adicionales a las primeras quinientas.

Atinente a la base de liquidación o ingreso base de liquidación -IBL-, técnicamente se le tiene como variable, porque depende de los ingresos del afiliado durante un lapso determinado por la ley, que puede o no ser objeto de actualización con base en la variación de precios.

De ahí que se puede afirmar, que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, “petrificó” para sus beneficiarios tres requisitos de la prestación, conforme al régimen pensional en que venían consolidando su expectativa: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicios o cotizaciones; y (iii) el monto. El cuarto, que corresponde a uno de cuantificación, a decir, la base de liquidación, el legislador decidió armonizarlo con la nueva normativa, por ende, las disposiciones del régimen anterior, en cuanto a monto, edad y tiempo de servicios o cotizaciones, únicamente se aplican, por remisión expresa, frente a esos puntuales supuestos, apreciación que se insiste tiene el Consejo de Estado en su sentencia de unificación.

De suerte que, en lo que atañe al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con fundamento en el régimen de transición, debe entenderse que el IBL, se define a la luz de lo determinado expresamente por la Ley 100 de 1993 y no, con lo estipulado en la regulación precedente.

Así, para efectos de calcular el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de la parte actora, se debe tener en cuenta las reglas propias de la Ley 100 de 1993.

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, el que a la letra dice:

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

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

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*

- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;..."

Este Tribunal acoge lo expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en la Sentencia T – 39 de 2018 y Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2018, respectivamente y en las cuales, se desvirtúan de manera clara y precisa, los argumentos que anteriormente habían servido de base para ordenar la reliquidación pensional prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que a su vez implica, que se cierra el paso para retomarlos o esgrimirlos, pues, ya fueron consideradas por las Altas Corporaciones, tal como quedó visto en el marco normativo indicado⁴¹. La anterior postura, indiscutiblemente conlleva a que las pretensiones de la demanda en los términos solicitados por el actor, deban ser despachadas desfavorablemente.

Siendo así, debe advertirse, que en el presente asunto el señor Ítalo José Otero Díaz, cumplió el status pensional el 10 de enero de 2000, fecha en que cumplió la edad de 55 años, pues, los 20 años de servicios los obtuvo el 4 de febrero de 1995, retirándose del servicio a partir del **30 de marzo de 2007**.

La entidad demandada en el acto que reliquida la pensión del demandante - Resolución No. VPB 19629 del 28 de abril de 2016 -, expresa que aplica por favorabilidad el régimen contenido en la Ley 33 de 1985 y tiene en cuenta de esta normatividad, los requisitos de la edad, el tiempo de servicio y la tasa pensional (75%).

También expresa, que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) de dicha prestación, fue calculado teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993⁴², esto es, teniendo en cuenta el promedio del salario

⁴¹ Véase que la sentencia del Consejo de Estado, del 28 de agosto de este año, dejó sentado que sus efectos aplican solo para las pensiones que están próximas a liquidarse o aquellas frente a las cuales están en curso demandas.

⁴² **ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o

cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (30 de marzo de 1997 – 30 de marzo de 2007)⁴³.

Frente a lo anterior, esta Colegiatura precisa en primer lugar, que no se encuentra demostrada la favorabilidad del régimen establecido en la demanda, frente al aplicado por la entidad, atendiendo, por supuesto, el cambio jurisprudencial en materia de reliquidación pensional.

En segundo lugar, 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 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 que para determinar el Ingreso Base de Liquidación se tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, 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*

sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

⁴³ Si bien en el acto de reliquidación no se especifica cuáles fueron los últimos diez (10) años, se entiende que van desde el 30 de marzo de 1997 – 30 de marzo de 2007, toda vez que, según lo probado, el actor laboró hasta esta última fecha; y según Resolución No. 4124 de abril 25 de 2007, se estableció como fecha a partir de la cual se ordena el pago de la pensión el 1 de abril de 2007.

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 cómo se calcula el IBL.

Se adiciona a lo dicho, que en el presente asunto, no se demostró en el expediente que las cuentas estuviesen mal efectuadas o 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-196292 del 28 de abril de 2016, se lee que la reliquidación del derecho pensional se realizó *“conforme a los salarios base de cotización reportados y efectivamente pagados por el empleador Fiscalía General de la Nación”*.

Lo antes considerado conlleva indefectiblemente, a que no prospere la solicitud presentada por el demandante en su recurso de apelación, ya que al no ser procedente la reliquidación pensional, no hay lugar a verificar los descuentos legales a que hubiere lugar.

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. AMBAS INSTANCIAS

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 ponente⁴⁴ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

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

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

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

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

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

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 CGP⁴⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ **«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: [...]»

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 el IBL y los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar su pensión, que se presenta con posterioridad a la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, aunado a que las actuaciones adelantadas por el accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso, la Sala se abstendrá de imponer costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia adiada 30 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, se dispone: "**NEGAR** las pretensiones de la demanda".

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en ambas instancias a la parte demandante.

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. 0085/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA