



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

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

Magistrado ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2017-00158-00
DEMANDANTE:	ANTONIO JOSÉ PÉREZ PÉREZ
DEMANDADO:	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP -
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia, dentro del presente asunto adelantado por el señor **ANTONIO JOSÉ PÉREZ PÉREZ**, en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)**, al no observar irregularidad alguna que afecte lo actuado.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **ANTONIO JOSÉ PÉREZ PÉREZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)**, con el objeto que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. RDP 00494 del 23 de marzo de 2012, por medio de la cual, se reconoce una pensión de vejez; y la nulidad absoluta de las

¹ Folios 1 – 2 del expediente.

Resoluciones Nos. RDP 005671 del 15 de febrero de 2017, que negó la reliquidación de la pensión de vejez y RDP 018158 del 2 de marzo de 2017, a través de la cual, se resolvió un recurso de apelación.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el accionante, a título de restablecimiento del derecho, que se ordene a la entidad demandada a reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta nuevos factores salariales, así como a reconocer las diferencias dejadas de pagar.

Así mismo, pide que se ordene el pago de los intereses moratorios y la indexación a que hubiere lugar.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Por medio de la resolución RDP 000494 del 23 de marzo de 2012, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP”, reconoció y ordenó el pago de una Pensión de Vejez a favor del señor Antonio José Pérez Pérez, en cuantía de \$902.590.00 efectiva a partir del 1º de noviembre de 2011, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio, situación que aconteció el 2 de julio de 2014; aplicando para ello las disposiciones jurídicas establecidas en la Ley 100 de 1993 y en forma parcial, la Ley 33 de 1985, sin inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio activo.

Mediante petición recepcionada por la UGPP el día 28 de septiembre de 2016 y radicada N° SOP201601034301, el actor solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, incluyendo en la liquidación de la misma todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios; la diferencia de las mesadas dejadas de pagar, la indexación y los intereses moratorios.

² Folios 2 – 3.

Por medio de la Resolución No. RDP 005671 del 15 de febrero de 2017, la UGPP, niega la solicitud de reliquidación pensional, acogiendo para ello, los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación, pero fue confirmada por la UGPP a través de la Resolución No. RDP 018158 del 2 de mayo de 2017.

Como **soportes jurídicos de su pretensión**³, son aducidos preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia; artículo 36 de la ley 100 de 1993; las Leyes 33 y 62 de 1985; y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Y jurisprudenciales: sentencias del Honorable Consejo de Estado de fechas 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Radicado N° 0112-09; la radicada 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10) del 3 de febrero de 2011, de la Sección Segunda, Subsección "B", C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; de la Sección Segunda, Subsección "B", radicado 25000-23-25-000-2007-01256-01(0464-11), del 16 de febrero de 2012, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera Ponente, Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09), del 27 de enero de 2011.

En el **concepto de violación**⁴, aduce la parte demandante, que con la negativa de la reliquidación de su prestación, se le desconoce el derecho irrenunciable que tiene a la Seguridad Social y por consiguiente, el de disfrutar plenamente del derecho material de su pensión, además que se le violenta la garantía que el Estado le debe prestar, en cuanto al pago oportuno de las mesadas pensionales.

Así mismo, señala el actor, que el hecho mismo de encontrarse incurso en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de

³ Folios 3 – 4.

⁴ Folios 4 – 10.

1993, conlleva a que se le aplique el régimen pensional establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, debiéndosele tener en cuenta para la conformación de la base de liquidación de la pensión, los factores salariales que *“hayan servido de base para calcular los aportes”* que alude, no solo la Ley 33 de 1985, que incluye la *“asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio”*, sino también los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, como son: *“asignación básica mensual; gastos de representación y prima técnica; dominicales y feriado; horas extra; auxilio de alimentación y transporte; prima de navidad; bonificación por servicios prestado; prima de servicios; viáticos que reciben los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no menor a 180 días en el último año de servicio; los incrementos salariales por antigüedad; la prima de vacaciones; el valor del trabajo suplementario”*.

1.3. Contestación de la demanda⁵.

La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales “UGPP”**, a través de apoderado judicial, contesta la demanda, oponiéndose a sus pretensiones, toda vez que considera que el actor no le asiste el derecho a la reliquidación pensional, pues, a los beneficiarios de la transición no se les aplica el régimen anterior de forma integral, sino que solo se le tienen en cuenta ciertos elementos, tales como la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión.

Frente a los hechos de la demanda, señala que son ciertos.

Como argumentos de defensa, expone, que las pretensiones del demandante de que se le aplique el régimen anterior de forma integral o que se le tengan en cuenta todos los factores salariales devengados dentro del último año de servicio, contraría la esencia del régimen de

⁵ Folios 67 - 84

transición, toda vez, que el mismo es claro en establecer lo relacionado con la fórmula para calcular el ingreso base de liquidación, además de los factores salariales que se deben tener en cuenta, al momento de llevar a cabo la respectiva liquidación o reliquidación pensional.

Sostiene, que acceder a las pretensiones de la parte accionante, sería un abuso del derecho, por cuanto la normatividad aplicable al caso y la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, señalan expresamente los aspectos que se encuentran excluidos de la transición, entre ellos, el ingreso base de liquidación y los factores salariales para calcularlo.

Propuso las siguientes excepciones:

-. Inexistencia de la obligación – indebida interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reiterando que no es posible llevar a cabo la reliquidación pensional del actor, pues, según lo dispuesto por la Corte Constitucional, el régimen pensional del cual es beneficiario es claro al disponer que no salvaguarda la norma anterior en su integridad, sino, únicamente, los elementos antes mencionados, excluyendo de estos el ingreso base de liquidación y los factores salariales.

-. Deber de aplicación del precedente constitucional, toda vez, que el mismo fue proferido por la Corte Constitucional en exclusivo ejercicio del control abstracto constitucional, lo cual, a su vez, constituye doctrina constitucional sobre el tema y por consiguiente un criterio superior de interpretación de normas y resolución de problemas jurídicos, por parte de las demás autoridades judiciales.

En tal sentido, pide se de aplicación a la Sentencia SU 230 de 2015, la cual es ampliamente aplicable al presente caso.

-. Improcedencia de intereses moratorios sobre condenas de reliquidación pensional, por cuanto se reconoció la pensión de jubilación en debida y oportuna forma, aplicando la normatividad vigente y aplicable al caso.

También indica, que los intereses de mora proceden, cuando hay retraso en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando se trata de reajustes pensionales, según lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia.

-. Incompatibilidad de intereses moratorios e indexación simultáneamente, en la medida en que los primeros incluyen el principio del resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo (indexación indirecta), descartándose entonces la posibilidad, de que junto al pago de intereses moratorios, se imponga condena de suma en función compensatoria de la depreciación monetaria como lo es la indexación, ya que equivaldría a decretar una doble e inconsulta condena por un mismo ítem.

-. Prescripción trienal, en el entendido de que resultar probado lo manifestado por la parte accionante, se declare que operó tal fenómeno, precisando que el término prescriptivo se contabilizará a partir del momento mismo en que se hizo exigible la obligación hasta su respectiva interrupción, de acuerdo a los parámetros legales consignados en el artículo 41 del Decreto 3135 d 1968.

-. Buena fe en todas las actuaciones llevadas a cabo por la entidad, toda vez, que se siguieron todos los lineamientos establecidos en las normas que gobiernan la materia, sin menoscabar o desconocer derecho alguno al accionante, al momento de negarle la reliquidación pensional.

1.4.- Actuación Procesal.

- La demanda fue presentada el día 6 de julio de 2017⁶, siendo admitida mediante auto de fecha 5 de octubre de 2017⁷. En la misma providencia se ordenó la notificación personal del Director General de la UGPP, del señor Procurador Judicial Delegado ante este Tribunal, así como del Director General de Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

⁶ Folio 12.

⁷ Folio 31.

-. La entidad demandada contestó la demanda, el día 24 de enero de 2018⁸.

-. Mediante providencia del 31 de julio de 2018, se convocó a las partes para la realización de la audiencia inicial⁹, la cual se celebró el día 24 de agosto de 2018¹⁰.

La audiencia de pruebas, se llevó a cabo el día 27 de septiembre de 2018; en la misma diligencia se dispuso prescindir de la audiencia de juzgamiento, conforme lo indicado en el Art 181 de la Ley 1437 de 2011¹¹.

1.5.- Alegatos de conclusión.

- **Parte demandante**¹², alega que el fundamento jurisprudencial que amparaba sus pretensiones era el sostenido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, la cual fue modificada por la sentencia de la Sala Plena de ese mismo órgano, el día 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

En consecuencia, señala, que la reclamación de la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio activo, quedó sin sustento legal, por lo que es necesario acudir al principio de favorabilidad, atendiendo a la “segunda subregla”, que propende porque en dicha liquidación se incluya, exclusivamente, los factores salariales sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema.

Indica, que dentro de las pruebas aportadas obran los originales de los certificados de sueldos y factores salariales de los años 2004 a 2014 y en ellos, se contempla que en ese lapso, él devengó los factores señalados en

⁸ Folios 67 - 84.

⁹ Folio 92.

¹⁰ Folios 95 – 98.

¹¹ Folios 110 – 112.

¹² Folios 119 – 120.

los literales a, c, d, e, f y g, contemplados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1998, por ende, la entidad empleadora debió, como era su obligación, descontar los aportes correspondientes para pensión.

- **Parte demandada**¹³, reitera que los únicos elementos a tener en cuenta de la transición, son la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, éste último, entendido como la tasa porcentual de reemplazo y los demás elementos, deben ser tratados a la luz de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

En cuanto al elemento conocido como Ingreso Base de Liquidación, precisa le entidad, que es el promedio de lo devengado por el solicitante en el periodo comprendido entre el 1º de abril de 1994 y la fecha del status, de conformidad con lo consignado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta como factores salariales para tasar el IBL la asignación básica, bonificación por servicios prestados y horas extras, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

Como fundamento de la anterior posición, trajo a colación diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, sobre la materia.

En tal sentido, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, al estar los actos demandados revestidos de legalidad.

- **Ministerio Público**¹⁴, señala que los actos administrativos demandados se ajustaron a derecho, teniendo en cuenta que la Sala Plena de la Corte Constitucional en 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 es un aspecto de la transición y que el monto de la pensión, se determina con la regla del régimen general.

¹³ Folios 122 – 125.

¹⁴ Folios 114 – 118.

Aclara, que los factores salariales: prima técnica, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y auxilio de transporte, no pueden ser tenidos en cuenta porque no se encuentran dentro de aquellos establecidos en la Ley 62 de 1985 y tampoco fueron objeto de cotización, por consiguiente, la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados, no es procedente.

Con base en lo anterior, solicita que no se acceda a las pretensiones de la demanda.

II.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en Primera Instancia, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad, que invalide lo actuado.

2.2.- Problema Jurídico.

Vistos los extremos de la litis, para esta Sala, el problema jurídico es: ¿El señor Antonio José Pérez Pérez, tiene derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, le reliquide su pensión de vejez, teniendo en cuenta todos los factores salariales legalmente devengados y sobre los cuales se efectúan aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones?

Vale anotar que el problema jurídico planteado, conlleva el análisis de lo expuesto en demanda e igualmente, lo sostenido en el escrito de alegatos de conclusión, pues, reconoce la Sala, que las condiciones jurisprudenciales aplicables al presente asunto, variaron en la marcha del

proceso y es válido tener en cuenta tales variaciones, dado el impacto que pueden tener sobre lo pretendido y en tratándose de derechos laborales.

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

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."

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 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

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"*.

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.

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).

²⁰ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

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 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

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.

trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

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

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

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

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

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

Anteriormente, la sub regla de orden jurisprudencial, que había hecho carrera, era que todos aquellos factores o conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, debían ser considerados al momento de calcular el Ingreso Base de Liquidación (IBL), ya que respondían al criterio de que era el pago percibido por un trabajo, bajo el concepto de salario; excluyéndose así la taxatividad, que imperaba en ciertos fallos judiciales sobre el tema.

Sin embargo, la anterior postura fue modificada por la nueva línea jurisprudencial de las altas Cortes, en las que se interpreta que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe atender a lo dispuesto en el régimen general de pensiones contenido en la Ley 100 de

1993 y los factores salariales que se deben incluir en el IBL, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

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

En relación con el **concepto de monto**, la Honorable Corte Constitucional ha identificado dos acepciones, una en el marco de los regímenes especiales y otra, como beneficio del régimen de transición. En efecto, la **Sentencia T-060 de 2016**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 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

²² M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²³ M.P. Mauricio González Cuervo.

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

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 2013²⁶**, 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

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 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 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 (...)”.

²⁶ M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad".

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

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

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

Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho²⁷ de quien se aprovecha de la interpretación de las

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

normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

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

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

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.

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

*interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos"*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 régimen anterior, sino a los factores a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y aducen la necesidad³¹.

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

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.

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.

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

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.

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 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

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

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

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se modifica el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos

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 [...]”.

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

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

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

Tal como se advierte, la Sala Plena del Consejo de Estado cambió las reglas para liquidar la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición, señalando para tal efecto, que el periodo para liquidar las pensiones es: **i)** Si faltare menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión, el IBL será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior; y **ii)** Si faltare más de diez años, el IBL será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión. En ambos caso, el IBL, será actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Así mismo, establece que los factores salariales a incluir en el IBL son,

únicamente, aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Con base en las citadas posturas de las Altas Cortes, procede esta Colegiatura a resolver el presente asunto.

2.4. Caso concreto.

En el *sub lite*, se encuentra demostrado de conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente, los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. Mediante **Resolución No. RDP 000494 del 23 de marzo de 2012³⁴**, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional “UGPP” le reconoció al señor Antonio José Pérez Pérez, pensión de vejez en cuantía de \$902.590.00, efectiva a partir del 1º de noviembre de 2011, pero con efectos fiscales una vez demostrado el retiro definitivo del servicio.

Dicha liquidación se efectuó con el 75%, sobre un ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado el interesado, entre el 11 de diciembre de 2005 y el 30 de octubre de 2011, conforme al inciso 3 - 6 de la Ley 100 de 1993.

-. Mediante **Resolución No. 1866 del 16 de junio de 2014³⁵**, se retiró del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso al señor José Antonio Pérez Pérez, quien desempeñaba el cargo de Celador en la Institución Educativa San Antonio Club de Leones del Municipio de Sincelejo.

-. A través de la **Resolución No. RDP 005671 del 15 de febrero de 2017³⁶**, la UGPP, niega la reliquidación de la pensión solicitada por el señor Antonio José Pérez Pérez, en consideración a que se respeta *la edad, tiempo y*

³⁴ Folios 21 – 27.

³⁵ Folio 32.

³⁶ Folios 35 – 37.

monto del régimen anterior, pero se liquida las mesadas con los últimos 10 años de servicio o el tiempo que les hiciere falta, y la inclusión únicamente de los factores salariales sobre los que se hubieren efectivamente realizado aportes, y que se encuentren establecidos en el Decreto 1158 de 1994, luego se liquida con el 75% del promedio de las reglas establecidas en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993".

-. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación³⁷, pero fue confirmada mediante **Resolución No. RDP 018158 del 2 de mayo de 2017**³⁸.

El demandante acusa los anteriores actos, fundamentando en su demanda, que tiene derecho a la reliquidación pensional con aplicación íntegra de la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No obstante, ante el cambio de posición jurisprudencial del Consejo de Estado, frente a estos casos, pide en sus alegatos, que en virtud del principio de favorabilidad, se reliquide su pensión con la inclusión de todos los factores salariales legalmente devengados y los cuales eran objeto de aporte pensional, debiendo ser debidamente descontados por la entidad empleadora.

Por su parte, la entidad demandada considera, que el actor no tiene derecho a la reliquidación pensional, pues, al ser beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, le resulta aplicable la Ley 33 de 1985, pero solo en lo que respecta a la edad, el tiempo de servicio y el monto de pensión. Además, los únicos factores salariales a tener en cuenta, al momento de calcular el IBL son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Pues bien, atendiendo al análisis de las pruebas obrantes en el plenario, esta Sala considera que el demandante tiene derecho parcial a la

³⁷ Folios 39 – 41.

³⁸ Folios 45 – 48.

reliquidación pensional pretendida, en atención a las siguientes consideraciones:

El señor ANTONIO JOSÉ PÉREZ PÉREZ, nació el 3 de diciembre de 1944³⁹ y según certificado salarial viene prestando sus servicios a la **Institución Educativa San Antonio Club de Leones**, en el cargo de Celador, empleado de orden **nacional**, desde el 6 de octubre de 1975⁴⁰. Devengando los siguientes emolumentos: **asignación básica, auxilio de transporte, bonificación especial por recreación, bonificación por servicios, prima de antigüedad, prima técnica, prima de navidad, prima se servicios, prima de vacaciones y subsidio de alimentación**⁴¹.

Del anterior recuento probatorio, se demuestra, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el señor ANTONIO JOSÉ PÉREZ PÉREZ contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios, por lo que en virtud del art. 36 de la Ley 100 de 1993, puede predicarse que se encontraba en régimen de transición, por ende, podía aplicarse el contenido de la Ley 33 de 1985.

Así mismo, como quedó antes visto, al actor le fue reconocida una pensión por haber cumplido status jurídico de pensionado el 3 de diciembre de 1999, fecha en la que cumplió los 55 años de edad.

Ahora bien, como quiera que la controversia radica en establecer los factores salariales a tener en cuenta, a efectos de la reliquidación pretendida, es menester tener en cuenta la interpretación adecuada del art. 36 de la ley 100 de 1993, que conlleva a que los factores salariales a considerar son los que se señalan a partir de la mencionada Ley 100, concretamente, los determinados en el art. 1º del Decreto 1158 de 1994,

³⁹ Según se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía. Folio 31.

⁴⁰ Según copia del certificado visible a folio 30.

⁴¹ Según copia del certificados visibles a folio 28, 127 - 131.

por demás conteste con la Ley 62 de 1985⁴², si se reclama la aplicación de la Ley 33 de 1985⁴³, 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 indicado⁴⁴.

⁴² **“Artículo 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

⁴³ No pasa por alto la Sala, que en la demanda, el actor señala haber cotizado al ISS, lo que daría lugar a pensar en la posibilidad de otro régimen pensional (Acuerdo 049 de 1990); empero, la propuesta inserta en la demanda, conlleva a que el análisis respectivo se centre en lo que dice la presente decisión.

⁴⁴ 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.

La anterior postura, indiscutiblemente conlleva a que las pretensiones de la demanda encaminadas a la reliquidación pensional, en punto de la inclusión de factores salariales distintos a los considerados en el acto de reconocimiento pensional, deban ser despachadas favorablemente, pero de manera parcial, tal y como se considera en lo que sigue.

Al efecto, de la lectura del acto de reconocimiento pensional (Resolución No. 000494 del 23 de marzo de 2012), se extrae que la prestación fue liquidada con el 75%, sobre un ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas, sobre los cuales ha cotizado o aportado el interesado entre el 11 de diciembre de 2005 y el 30 de octubre de 2011, tomándose como factor salarial, la asignación básica mensual.

Según los certificados allegados al plenario, se tiene que el demandante ha devengado además del salario básico, otros factores, tales como: como *auxilio de transporte, bonificación especial por recreación, bonificación por servicios, prima de antigüedad, prima de navidad, prima se servicios, prima de vacaciones y subsidio de alimentación*.

Estos otros factores, a su vez, no fueron tenidos en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación, aclarándose en la citada resolución, lo siguiente:

“Es preciso aclarar al solicitante que los valores relacionados en la casilla No. 30 del Certificado de Factores Salariales expedida por el Municipio de Sincelejo (Sucre) en el formulario 1 establecido por la Circular Conjunta 13 de 2007 de los Ministerios de la Protección Social y Hacienda, correspondiente a “Otros factores salariales pagados en el mes certificado (Dto. 1158)”, no fueron tenidos en cuenta en la liquidación efectuada, como quiera que no fue posible determinar a qué factor salarial del Decreto 1158 de 1994 corresponden las sumas certificadas. En ese orden de ideas se aclara que la casilla No. 26 del certificado de factores salariales es el campo idóneo para especificar a qué factor salarial contemplado en el Decreto 1158 de 1994 corresponden los valores certificados en la casilla No. 30”.

En virtud de lo anterior, se procedió a verificar los archivos obrantes en el expediente administrativo⁴⁵, en especial los formatos Nos. 1, 2 y 3⁴⁶, referentes a la información laboral del demandante, encontrándose que efectivamente, en el *“Formato No. 3 (B) Certificación de Salarios Mes a Mes para liquidación y emisión de Bonos Pensionales tipo A Modalidad 1”*, no se especificaron cuáles fueron los *“Otros factores salariales pagados en el mes certificado (Dto. 1158)”*, sin que sea factible deducirlos, por no haberse dejado ninguna observación al respecto.

En la audiencia inicial y a fin de solventar tal inquietud y atendiendo a la solicitud probatoria de la entidad demandada, se ordenó requerir a la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, para que certificara los factores salariales devengados por el señor Antonio José Pérez, dentro de los últimos diez (10) años, indicando sobre cuáles de ellos se habían hecho descuentos para aportes pensionales, a efectos de ser tenidos en cuenta en la reliquidación pensional⁴⁷.

El citado requerimiento fue atendido por la Secretaría de Educación Municipal el día 12 de octubre de 2018, allegándose copia de los respectivos certificados de salarios de los años comprendidos entre el 2004 a 2014⁴⁸; sin que a partir de tales documentos se pueda establecer, a qué factores salariales del Decreto 1158 de 1994 corresponden, para proceder a establecer la posibilidad o no de reliquidar la pensión con inclusión de nuevos factores.

Así las cosas, aparentemente, la conclusión que devendría es que no se tiene certeza sobre qué otros factores salariales, fuera de la asignación básica, se tuvieron en cuenta como aportes o cotizaciones pensionales, a fin de establecer si alguno de ellos se dejó de incluir en el cálculo del IBL, tal y como lo advirtió el ente demandado en su momento; empero, tal conclusión devendría en perjuicio del trabajador, pues, lo cierto es que el

⁴⁵ Folio 87

⁴⁶ Archivo contenido en el Cd de antecedentes administrativos – páginas 179, 180, 184 y 185.

⁴⁷ Ver reverso del folio 96.

⁴⁸ Folios 127- 134.

empleador certificante reconoce que existieron pagos de otros factores salariales, por lo que la solución al problema planteado, partiendo del principio pro operario en conexión con el principio de legalidad, no puede ser otro que entender que los factores pagados corresponden a aquellos descritos en el Decreto 1158 de 1994 y siendo así, a partir de tal consideración se debe definir si procede o no la reliquidación pensional.

Establecido lo anterior y a sabiendas de que el empleado nacional percibió el pago de emolumentos como *auxilio de transporte, bonificación especial por recreación, bonificación por servicios, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y subsidio de alimentación*, que no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar el IBL, en aplicación del marco normativo descrito, la reliquidación pedida debe proceder, pero solo teniéndose en cuenta la *prima de antigüedad y la bonificación por servicios*, en tanto, los demás emolumentos no constituyen factor que deba ser considerado al momento de liquidar el IBL respectivo.

Ahora, en punto de la prima de antigüedad pagada a empleados del orden nacional, debe hacerse la siguiente aclaración, en tanto, el Decreto 1158 de 1994 exige que dicha prima, junto con la ascensional y de capacitación sean factor salarial, entendiéndose que si no lo son, no pueden entenderse como parte de la lista en mención.

La prima de antigüedad, se contempló inicialmente en el Decreto 540 de 1977 y posteriormente, en el Decreto 1042 de 1978, en el artículo 49, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 49.- De los incrementos de salario por antigüedad. Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.

Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, tratase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el artículo 1o. del presente Decreto.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial".

De ahí que, la Prima de antigüedad contemplada en el Decreto 540 de 1977 y recogida en el Decreto 1042 de 1978, sólo la conservan los empleados públicos que percibían las asignaciones correspondientes a las columnas tres y cuatro de la escala salarial del Decreto 540, de conformidad con el artículo 49 del citado decreto 1042 y continuarán recibéndola, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo.

En este orden de ideas, la prima de antigüedad quedó circunscrita a los antiguos empleados que a 7 de junio de 1978, estuvieran percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial del Decreto 540 de 1977.

Ahora bien, respecto a la naturaleza de la prima de antigüedad, en sentencia del 25 de marzo de 1992, expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrada Ponente Doctora Clara Forero de Castro, se expresó:

*"La prima de antigüedad **no es una prestación, sino que hace parte del salario**... Tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina han considerado siempre como **salario** la prima de antigüedad. Dicha prima de antigüedad es un incremento*

*salarial que se origina en la permanencia del empleado en el servicio y gracias a ella la **remuneración mensual** se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos, según el tiempo de esa permanencia" (Se subraya y resalta)*

De esta forma, puede entenderse que la prima de antigüedad es un factor salarial, el cual, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 1042 de 1978 y el Decreto 540 de 1977, sólo tienen derecho quienes se hayan vinculado con anterioridad al 1º de abril de 1976, como ocurre en este caso, donde el demandante aparece vinculado a partir del 29 de agosto de 1975.

En **resumen**, se accederá parcialmente a lo pretendido, declarándose la nulidad parcial de la Resolución No. RDP 00494 del 23 de marzo de 2012, por medio de la cual, se reconoce una pensión de vejez; y la nulidad absoluta de las Resoluciones Nos. RDP 005671 del 15 de febrero de 2017, que negó la reliquidación de la pensión de vejez y RDP 018158 del 2 de marzo de 2017, a través de la cual, se resolvió un recurso de apelación.

Consecuencialmente, como restablecimiento del derecho se dispondrá que el ente accionado reliquide la pensión de vejez de la parte actora, teniendo en cuenta, como factores del IBL, además de la asignación básica mensual, la *prima de antigüedad y la bonificación por servicios*. Dichas sumas de dinero serán debidamente indexadas, aplicando para ello la usual fórmula utilizada por el Honorable Consejo de Estado.

3.- COSTAS PROCESALES

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. RDP 00494 del 23 de marzo de 2012, por medio de la cual, se reconoce una pensión de vejez a favor del demandante; y la nulidad absoluta de las Resoluciones Nos. RDP 005671 del 15 de febrero de 2017, que negó la reliquidación de la pensión de vejez y RDP 018158 del 2 de marzo de 2017, a través de la cual, se resolvió un recurso de apelación, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y en restablecimiento del derecho del accionante, se **CONDENA** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)**, a reliquidar la pensión de vejez del señor ANTONIO JOSÉ PÉREZ PÉREZ, teniendo en cuenta, como factores del IBL, además de la asignación básica mensual, la *prima de antigüedad* y la *bonificación por servicios*, aplicando el régimen pensional (tiempo de servicios, edad y monto) ya aceptado por el ente demandado.

Dichas sumas de dinero serán debidamente indexadas, aplicando para ello la usual fórmula utilizada por el Honorable Consejo de Estado, esto es:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que adquirió el estatus pensional y el índice final, corresponde al día en que se produzca el efectivo pago de la reliquidación.

TERCERO: DÉSE cumplimiento a esta sentencia, con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 a 195 del Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Expídanse las copias del caso, para el cumplimiento de la misma.

CUARTO: CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandada, conforme lo anotado. En su momento, se procederá a su liquidación.

QUINTO: EJECUTORIADA la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

SEXTO: DEVUÉLVASE el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0066/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA